إطفاء واسترداد صكوك الاستثمار في الفقه الإسلامي .. دراسة مقارنة

أ.د. عارف علي عارف القره داغي[1]
د. حسام الدين خليل فرج محمد[2]

The redemption of Sukūk in the light of Islamic Jurisprudence: Comparative Study

ملخص البحث

عُني هذا البحث بدراسة مرحلة من أهم المراحل التي تمر بها الصكوك الاستثمارية وهي مرحلة الإطفاء أو الاسترداد، والتي تسبقها ثلاث مراحل أخرى هي الإصدار والتداول وتوزيع الأرباح والخسائر. بدأ البحث بتسليط الضوء على المعاني اللغوية والاصطلاحية لمفهومي الإطفاء والاسترداد ثم انتقل إلى بحث الأحكام الخاصة بإطفاء واسترداد الصكوك عن طريق البيع ثمّ عن طريق الفسخ ثمّ بسبب إخلال مصدر الصكوك بتنفيذ التزاماته أو بسبب إفلاسه، وقد اعتمد في ذلك على المنهج الاستقرائي التحليلي الاستنباطي، وقد انتهى البحث إلى جملة من النتائج المهمة، منها: أنه لا يجوز إطفاء الصكوك بما يؤدي إلى العينة أو يكون حيلة على التمويل الربوي أو يفضي إلى ضمان رأس المال، وأن الزيادات التي تطرأ على موجودات الصكوك لا تمنع الفسخ بسبب العيب، وأن الزيادات المتصلة مثل ارتفاع القيم الرأسمالية لموجودات الصكوك تكون من حق البائع مصدر الصكوك لكن لحملة الصكوك الرجوع عليه بما أنفقوا في سبيل تحصيلها، أما الزيادات المنفصلة كالأجرة ونحوها فهي من حق حملة الصكوك عملا بحديث الخراج بالضمان، ايضا ما يطرأ على موجودات الصكوك من نقص وعيب لا يمنع الفسخ بالعيب القديم، ويخير حملة الصكوك بين أن يرجعوا على مصدر الصكوك بقيمة العيب أو يردوا موجودات الصكوك له ويعوضوه بمقدار ما طرأ عليها من نقص لديهم، وهذا ما لم يثبت أن مصدر الصكوك دلّس عليهم في العيب القديم وإلا فيخير القاضي بين تعويضه على العيب الحادث وبين عدم ذلك تشديدا عليه على حسب ما يرى من المصلحة في ذلك. كذلك من هذه النتائج أنه يثبت شرعا لحملة الصكوك حق الفسخ بسبب إخلال المصدر بتنفيذ التزاماته التعاقدية خلافا لما هو شائع في الفقه الإسلامي من عدم ثبوت هذا الحق اعتمادا على أن القضاء يجبره على تنفيذ هذه الالتزامات ومن ثم فلا حاجة للفسخ.

إذا أفلست الشركة المصدرة وأخلت بتنفيذ التزاماتها فمن حق حملة الصكوك اللجوء إلى القضاء والحجر على أموال هذه الشركة لتقسيمها على الغرماء الذين منهم حملة الصكوك.

كلمات دالة على التخصص الدقيق: صكوك، الاستثمار، إطفاء، استرداد، ضمان رأس المال.

Abstract

This research aims to provide an Islamic *Fiqhi* perspective on the final stage in the investment Sukūk' life, namely the redemption and regaining of the capital of Sukūk. The research begins with shedding the light on the linguistic and terminology meaning of redemption and regaining. It then moves to investigate the rules of redemption by the sale, and by the dissolution (*Fasakh*), whether the dissolution was happened by the discovery

of a defect in the Sukūk assets or due to the originator failure in fulfill his commitments. The research also addresses the rule of bankruptcy of originator and its effects on the rights of Sukūk holders. The research concludes with many significant findings. Firstly, it is *Haram* (prohibited) to redeem the Sukūk with any way makes the investment manager a guarantor of the Sukūk capital or leads to circumvent on usurious financing. Secondly, each occurrence of the increasing or decreasing of Sukūk assets doesn't prevents the dissolution of Sukūk contract, and the determination of who is owner of subsequent increasing, or who are responsible about the compensation of subsequent decrease in Sukūk assets, is varies according to difference conditions. Finally, the bankruptcy of originator and his failure to perform his obligations give the Sukūk holders the right to resort to justice for interdict (*Hajer*) on his money and properties, and distribute it on the creditors.

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه الغر الميامين، أما بعد: فإن الصكوك الاستثمارية[3] من أهم المنتجات المالية المعاصرة والتي حققت حضورا غير مسبوق على صعيد الاقتصاد العالمي، وأصبحت واقعا اقتصاديا يفرض نفسه على جل بلاد العالم، حتى غير الإسلامي منها، حتى نفذت إلى مجموعة الثمانية الكبار (G8)[4]، [5] وتوقع صندوق النقد الدولي أن تبلغ حجم إصدارات الصكوك الإسلامية ٣ تريليونات دولار بحلول عام٢٠١٥م[6].

وهذه الأرقام تعتبر هائلة بالنسبة لصيغ استثمارية ما تزال في طور التجربة والتطوير، وبحاجة إلى الكثير من الدراسات المعمقة.

ومن هذه الحيثيات كانت جديرة بالدراسة وتأصيل أحكامها الفقهية، وقد توفر هذا البحث على الدراسة الفقهية لمرحلة من أهم المراحل التي تمر بها الصكوك، ألا وهي مرحلة إطفاء واسترداد الصكوك، حيث لم يأخذ حقه من التأصيل والعناية في الدراسات المعاصرة، وقد سلك البحث منهجا استقرائيا لجمع أهم مسائل إطفاء واسترداد الصكوك واختلاف الفقهاء المعاصرين فيها ومن ثم تحليها واستنباط الأحكام الخاصة بها حسب ما تقتضيه قواعد الترجيح العلمي، وقد اشتمل على المباحث الآتية

المبحث الأول: مفهوم الإطفاء والاسترداد.

المبحث الثاني: إطفاء الصكوك عن طريق البيع.

المبحث الثالث: إطفاء الصكوك عن طريق الفسخ.

المبحث الرابع: إطفاء الصكوك بسبب إخلال المصدر بتنفيذ التزاماته.

المبحث الخامس: أثر إفلاس المصدر على حقوق حملة الصكوك.

المبحث الأول: مفهوم الإطفاء والاسترداد

أولا: مفهوم الإطفاء:

أ. **الإطفاء لغة**: الإطفاء مصدر أطفأ، يقال أطفأ النار أسكن لهيبها، وأطفأ الفتنة قضى عليها، وفي التنزيل العزيز:﴿ كُلَّمَا أَوْقَدُواْ نَاراً لِّلْحَرْبِ أَطْفَأَهَا اللّهُ﴾(المائدة:64)، وفي الحكمة: " لا توقد نارا تعجز عن إطفائها"[7].

ب. **الإطفاء اصطلاحا (Return of Capital)**: عرف معيار سوق دبي المال عملية الإطفاء بأنها: عبارة عن: "توزيع موجوداتها على حملة الصكوك أو بيعها للمصدر أو غيره، وتوزيع حصيلة بيعها على حملة الصكوك، بنسبة ما يملكه كل منهم من صكوك"[8].

وكثيرا ما تستعمل بعض نشرات الإصدار مصطلح (Repayment) وتعني (سداد) كمقابل لكلمة (إطفاء) الصكوك في العربية، لكن الأولى أن يستعمل مصطلح (Return of Capital) (استرداد رأس المال)؛ لأن التعبير بـ لفظ (السداد) المتعلق بالديون، يجعل الصك مثل السند في الإلزام بسداد قيمته وفوائده عند حلول الأجل المتفق عليه، أما (استرداد رأس المال)، فهو يميز الصك عن السند، حيث يسترد حامله رأس ماله الموجود بعد انتهاء عملية الاستثمار، بغض النظر عن قيمته، ولذا تصر بعض الدول الأوروبية على استعمال مصطلح (Repayment) بمعنى السداد، بما يؤكد أن هذه الجهات تتعامل مع الصكوك على أنها سندات من الناحية القانونية والعملية[9].

ثانيا: مفهوم الاسترداد:

الاسترداد لغة: طلب الرد والاسترجاع، يقال: "استرد الشيء وارتده: طلب رده عليه"[10].

الاسترداد اصطلاحا: لم يخرج الفقهاء في استعمالاتهم لمصطلح الاسترداد عن المعنى اللغوي المذكور[11]. وقد عرف الدكتور علي القره داغي الاسترداد فيما يتعلق بالوحدات والصناديق الاستثمارية بأنه: "شراء الحصة الاستثمارية (أو الوحدة أو الصك أو السهم) من المستثمر، وردها إلى الوعاء، وخروج المسترد منه"[12] وهذا المعنى قريب مما يجري من عمليات الاسترداد في الصكوك.

وبهذا يتبين أن الفرق بين مصطلح الإطفاء والاسترداد هو أن الأول أعم منه إذ يطفأ الصك ببيعه لمصدره أو لغيره في نهاية المدة أو أثنائها، أما الاسترداد فيكون بين حامل الصك والمصدر خاصة برد الصكوك إليه طريق البيع أو عن طريق الفسخ أو عن طريق الإقالة، لكن كثيرا ما يستعمل أحد المصطلحين محل آخر[13]، وهو ما سيعتمده هذا البحث. وسوف أتناول ما يجري على الصكوك من إطفاء أو استرداد على النحو الآتي:

المبحث الثاني: إطفاء الصكوك عن طريق البيع

إطفاء الصكوك عن طريق البيع، لا يخرج عن أن يكون بإحدى القيم التالية:

أ. إما بالقيمة السوقية وقت الشراء.

ب. وإما بالقيمة العادلة بتقدير الخبراء وتراضي الأطراف وقت الشراء.

ت. وإما بالقيمة الاسمية.

ث. وإما بقيمة يتفق عليها مسبقا في نشرة الإصدار.

ج. وإما بقيمة يتفق عليها عند تنفيذ الشراء.

وفي كل هذه الحالات لا يخرج البيع أيضا عن أن يكون لمصدرها أو لغيره.

أولا الإطفاء بالبيع لمصدر الصكوك:

مصدر الصكوك إما أن يكون مديرا للصكوك أو شريكا كما في صكوك المشاركات، أو يكون وكيلا بالاستثمار، أو أن يكون البائع الذي باعها أولا ثم استأجرها ثانيا كما في غالب تطبيقات صكوك الإجارة، أو أن يكون الصانع الذي صنع موجودات الصكوك العينية في صكوك الاستصناع، أو المسلم إليه الذي أنتج هذه الموجودات في صكوك السلم، وبناء على هذا تتنوع الأحكام الفقهية على النحو الآتي:

أ. حالة كون مُصدر الصكوك مديرا أو شريكا أو وكيلا بالاستثمار:

فإذا كان مصدر الصكوك مديرا أو شريكا، وكان البيع لمصدرها بالقيمة السوقية أو بالقيمة العادلة أو بالقيمة التي يتم التراضي عليها عند تنفيذ الشراء، فلا حرج في ذلك باتفاق الفقهاء المعاصرين لخلوه من محظور ضمان رأس المال.

أما إذا كان الإطفاء بالبيع بالقيمة الاسمية أو بقيمة معينة مع الاتفاق أو التواطئ على ذلك سلفا كما هو الغالب في نشرات الإصدار، فقد اختلف الفقهاء المعاصرون في ذلك على قولين:

القول الأول: عدم جواز ذلك، ذهب إلى ذلك عدد من المجامع العلمية، منها: مجمع الفقه الإسلامي[14]، والمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة[15]، وندوة الصكوك عرض وتقويم[16]، والهيئة الشرعية لمجموعة دلة البركة[17]، وأيّد ذلك عدد من الفقهاء والباحثين المعاصرين، منهم: محمد عبد الله العمراني[18]، حامد ميرة[19].

القول الثاني: جواز ذلك، ذهب إلى ذلك: الدكتور محمد علي القرى[20]، ويمكن أن ينسب أيضا إلى الذين قالوا بجواز تضمين المضارب بالشرط، مثل الدكتور: سامي حمود –رحمه الله–[21].

الأدلة:

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب هذا القول بالإجماع والمعقول على النحو الآتي:

الدليل الأول:

الإجماع: فقد انعقد الإجماع على أن الشريك والمضارب والوكيل بالاستثمار لا يجوز أن يضمن رأس مال الشركة أو المضاربة أو رأس المال الموكل في استثماره كليا أو جزئيا، لأن يد كل منهم يد أمانة لا يضمن إلا في حالات التعدي أو التقصير[22]، ومصدر الصكوك إما أن يكون مضاربا أو وشريكا أو وكيلا بالاستثمار.

جاء في الموطأ : " قال مالك: في الرجل يدفع إلى الرجل مالا قراضا ويشترط على الذي دفع إليه المال الضمان قال مالك: لا يجوز لصاحب المال أن يشترط في ماله غير ما وضع القراض عليه وما مضى من ربح سنة المسلمين"[23]، قال الباجي معلقا عليه: "ووجه ذلك أن عقد القراض لا يقتضي ضمان العامل، وإنما يقتضي الأمانة ولا خلاف في ذلك"[24].

وقال ابن قدامة: "متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهما من الوضيعة، فالشرط باطل. لا نعلم فيه خلافا والعقد صحيح. نص عليه أحمد"[25]، وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: "قد يريد رب المال أن يجعل نصف المال في ضمان العامل وهذا لا يجوز وفاقا لأن الخراج بالضمان"[26]، ويقول الدكتور علي القره داغي: "وفي الفقه الإسلامي لا يجوز بالإجماع ضمان رأس مال الصكوك من قبل الجهة المصدرة ولكنه يجوز أن تقوم جهة أخرى ـ كالدولة مثلاً ـ بإعطاء هذا الضمان للسندات –الصكوك– التي أصدرتها البنوك أو الشركات"[27].

المناقشة:

ونوقش بعدم التسليم بصحة الإجماع، فقد قال جماعة من الفقهاء بجواز تضمينه بالشرط، منهم: الإمام أحمد في رواية[28]، ونُقل عن قتادة[29] وابن عتاب[30] وابن بشر[31] من المالكية[32]، وعبيد الله بن حسن العنبري[33]، وداود الظاهري[34]، وقال الشوكاني في الأمناء –وذكر من جملتهم المضارب–: "ولا يضمنون إلا لجناية أو تفريط، وإذا ضُمِّنوا ضَمِنوا؛ لأنهم قد اختاروا ذلك لأنفسهم، والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد"[35].

الجواب عن المناقشة:

ويجاب عن هذه المناقشة بأن الرواية عن الإمام أحمد إنما هي في سياق ضمان العارية، وتحديدا في اشتراط عدم ضمان ما كان أصله مضمونا بالشرع كضمان ما يُتعدى فيه، كما في الشرح الكبير[36] والمبدع شرح المقنع[37]، وكذلك ما نقل عن قتادة أو العنبري أو داود فهو كله في ضمان العارية كما في المصادر التي تقدمت الإشارة إليها في الحاشية، ولا يصح قياس تضمين المضارب أو الشريك أو الوكيل بالشرط على تضمين المستعير بالشرط، لأن العارية يلزم ردها كما هي ولا ينتج من ضمان ذلك محظور شرعي، أما رأس المال في المضاربة والشركة أو الوكالة بالاستثمار فلا يلزم رده كما هو، وضمانه يؤول إلى أن يكون قرضا ربويا بفائدة كما سيأتي في الدليل الثاني[38].

وأما ما نقل عن ابن عتاب وابن بشير فهو سياق التطوع بالضمان في عقد المضاربة، وليس في سياق اشتراط الضمان على المضارب، كما هو في المعيار المعرب للونشريسي[39]، أما ما نقل عن الشوكاني –رحمه الله– فهو محجوج بالإجماع المتقدم، والظاهر –والله أعلم– أن هذا وقع ذهولا منه، وأنه لم يقصد اشتراط الضمان على المضارب إنما قصد اشتراط الضمان على المستعير ونحوه من الأمناء، وإلا فلو أخذنا كلامه على إطلاقه في أن مناط التحليل في أموال العباد هو التراضي فقط لقلنا أنه يقول بحل الربا والقمار بالتراضي وهو قطعا لا يقول بذلك.

الدليل الثاني:

المعقول: إذ إن اشتراط ضمان رأس المال –كليا أو جزئيا– على المضارب أو الوكيل بالاستثمار أو الشريك يقلب العقد من مضاربة أو وكالة أو مشاركة إلى قرض، ويحوّل كلا منهم من كونه وكيلاً أميناً إلى كونه مقترضاً ضامناً، فتؤول

المعاملة بذلك إلى قرض جرَّ نفعاً، ومن المتقرر عند الفقهاء أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني[40].

فالقيمة الاسمية المضمونة أو السعر المتفق عليه سلفا يقابل القرض ، والتعهد برد هذه القيمة هو التعهد برد القرض، وموعد الإطفاء هو موعد رد القرض، وأرباح الصكوك هي فوائد القرض[41]، قال ابن قدامة: " وكل قرض شرط فيه أن يزيده، فهو حرام، بغير خلاف. قال ابن المنذر: أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستسلف زيادة أو هدية، فأسلف على ذلك، أن أخذ الزيادة على ذلك ربا"[42].

أدلة القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول بعدة أدلة من المعقول:

الدليل الأول:

أن تعهد المدير للصكوك بشراء موجوداتها بقيمتها الاسمية أو الثمن المتفق عليه بداية من قبيل الوعد الذي صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بأنه ملزم إذا دخل الموعود بسببه في كلفة وليس من قبيل الضمان، فالوعد بالشراء بالقيمة الاسمية وعد من طرف واحد إذا رغب الطرف الآخر (حملة الصكوك) في البيع له[43].

المناقشة:

يناقش ذلك بأنه من المعلوم أن حملة الصكوك سيبيعون موجودات الأصول إذا تعرضوا لانخفاض في قيمتها السوقية إلى مدير الصكوك، وبالتالي فالحقيقة أن المدير ضمن لهم ألا تلحقهم خسارة في رأس مالهم، سواء قيل إن هذا وعد أو قيل إنه تعهد أو قيل إنه ضمان فليس هناك فرق مؤثر لأن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ، والوعد إذا ترتب عليه محظور شرعي حرم الوفاء به.

الدليل الثاني:

قوله –صلى الله عليه وسلم-: "المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ"[44].

وجه الاستدلال: أن الحديث دلّ على أن الأصل في الشروط هو الإباحة، وهذا التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية أو الثمن المتفق عليه لا يعدو كونه شرطا، قال ابن القيم: "كل ما لم يبين الله ولا رسوله – صلى الله عليه وسلم – تحريمه من العقود والشروط فلا يجوز تحريمها"[45].

وتعهد مدير الصكوك بشراء موجودات الصكوك بالقيم الاسمية لا يخرج عن كونه شرطا لم يثبت تحريمه، ولم ينه عنه[46].

المناقشة:

ويناقش بأن ذلك مخصوص بكون الشرط مباحا، وإلا حرم، كما قال –صلى الله عليه وسلم: "مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَلَيْسَ لَهُ، وَإِنِ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ"[47].

قال ابن عبد البر: "في كتاب الله أي في حكم الله وحكم رسوله أو في ما دل عليه الكتاب والسنة فهو باطل"[48]، وهذا واضح في كلام ابن القيم.

وهذا الشرط الذي يؤدي إلى ضمان رأس مال الصكوك شرط ليس في حكم الله، فالله تعالى حرمه، فهو باطل.

الدليل الثالث:

التخريج على ما روي من إجازة عمر وابن مسعود وزينب امرأة ابن مسعود –رضي الله عنهم- أن يبيع البائع المبيع ويشترط على المشتري أنه إذا باعه فهو أحق به بالثمن الذي دفعه، وقال بذلك أحمد في رواية.

وقد ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية هذا الأثر بسنده في فتاويه فقال : " وقال حنبل: حدثنا عفان حدثنا حماد بن سلمة عن محمد بن إسحاق عن الزهري عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة: أن ابن مسعود اشترى جارية من امرأته وشرط

لها: إن باعها فهي لها بالثمن الذي اشتراها به. فسأل ابن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب. فقال: لا تنكحها وفيها شرط"[49].

وقال أحمد: " : شرطها جائز، ولكن لا يطأها المشتري"[50].

قال ابن قدامة في الاستدلال لهذه الرواية عن أحمد : "ولم يقل عمر في ذلك البيع: فاسد، فحمل –الإمام أحمد– الحديث على ظاهره، وأخذ به، وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته"[51].

وجه الاستدلال: أن تضمن عقد الصكوك شرط البيع بالقيمة الاسمية للبائع أو سعر متفق عليه مسبقا إذا رغب المشتري في البيع، لا يخرج من حيث المعنى عن الشرط الذي أجازه كل من عمر وابن مسعود وزينب –رضي الله عنهم– ولا يعلم لهم مخالف من الصحابة[52].

المناقشة:

ويناقش الاستدلال بهذا الحديث من عدة وجوه:

الأول: أن هذا الأثر بهذا اللفظ "بالثمن الذي اشتراها به" ضعيف، من أجل عنعنة محمد ابن إسحاق[53]، فهو مدلس وقد عنعنه، والمدلس لا يحتج بعنعنته إلا أن يثبت سماعه في طريق آخر[54]، وقد روي من طرق أخرى صحيحة ليس فيها ابن إسحاق، ليس فيها هذا اللفظ، وستأتي قريبا.

الثاني: أنه على فرض صحة الأثر المذكور فهو صريح في أن الجارية لم تمُلَك تمام الملك مع وجود هذا الشرط، ولذلك قال: "لا تنكحها وفيها شرط"، غاية الأمر أن عمر ومن وافقه –رضي الله عنهم–: رأوا التخفيف في معاملة الرجل لزوجته لما بينهما من تبسط كل منهما في مال الآخر، ولا يلزم من ذلك إجازات المعاوضات الأخرى التي لا يكتمل فيها الملك بين سائر الناس.

الثالث: أنه جاء في طرق صحيحة بلفظ بـ: "فَأَنَا أَوْلَى بِهَا بِالثَّمَنِ"[55] رواه عبد الرزاق، ورواه مالك بلفظ: "أَنَّ عَبْدَ اللهِ بْنَ مَسْعُودٍ، ابْتَاعَ جَارِيَةً مِن امْرَأَتِهِ زَيْنَبَ الثَّقَفِيَّةِ. وَاشْتَرَطَتْ عَلَيْهِ، أَنَّكَ إِنْ بِعْتَهَا، فَهِيَ لِي بِالثَّمَنِ الَّذِي تَبِيعُهَا بِهِ. فَسَأَلَ عَبْدُ اللهِ بْنُ مَسْعُودٍ، عَنْ ذلِكَ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ. فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: لاَ تَقْرَبْهَا، وَفِيهَا شَرْطٌ لِأَحَدٍ "[56].

فالبيع بالثمن الذي يبيع به هو البيع بالثمن الذي يتم التراضي به وقت البيع لا الثمن الذي تم به الشراء، وبذلك يخرج هذا الأثر عن الاحتجاج به فيما نحن بصدده من جواز التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية، بل يصلح للاحتجاج على جواز الشراء بالقيمة السوقية.

الرابع: أن معنى قول عمر –رضي الله عنه– "لا تقربها" يحتمل معنى النهي عن كل من البيع ومن الشرط، كما ذهب إليه الإمام مالك، قال ابن عبد البر: " الصحيح في مذهبه –مالك– عند جميع أصحابه ما ذكره أبو مصعب عنه، قال أبو مصعب قال مالك في حديث بن مسعود وقول عمر (لا تقربها وفيها شرط لأحد) يريد لا تشتريها يريد لا تشترطها"[57].

وقال ابن عبد البر–: ويحتمل ظاهره أيضا في قوله "لا تقربها": "أي تنح عنها وافسخ البيع فيها فهو بيع فاسد"[58]، وعلى هذا حمله الحنفية[59] والشافعية[60]، ويؤيّده[61]: قول عمر –رضي الله عنه– في رواية ابن أبي شيبة: "لَيْسَ مِنْ مَالِكِ مَا كَانَ فِيهِ مَشُوبَةٌ لِغَيْرِكَ"[62]، فيكون عمر قد أبطل هذا البيع لما فيه من عدم تمام الملك، لا أنه أمضاه.

الخامس: أن ما روي عن الإمام أحمد من تصحيحه لهذا الشرط معارض بروايته الأخرى، وقد جمع بينهما ابن قدامة بما يمنع قول الإمام أحمد بجواز هذا الشرط، قال: "وإن شرط في المبيع إن هو باعه فالبائع أحق به بالثمن. فروى المروذي عنه أنه قال: في معنى حديث النبي – صلى الله عليه وسلم –: «لا شرطان في بيع» . يعني أنه فاسد ... وروى عنه إسماعيل بن سعيد: البيع جائز، لما روي عن ابن مسعود ... ويحتمل أن يحمل كلام أحمد في رواية المروذي على فساد

الشرط؛ وفي رواية إسماعيل بن سعيد على جواز البيع، فيكون البيع صحيحا، والشرط فاسدا، كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعها"[63]، ومعنى ذلك: أن الإمام أحمد يبطل هذا الشرط ويصحح البيع.

السادس: أن في اشتراط بيع المبيع للبائع بالثمن الذي باع به محظورا شرعيا، إذ هذا يقلب المعاملة في حقيقتها إلى قرض جر نفعا ، وذلك "أن البائع يقبض الثمن من المبتاع على وجه البيع، ثم يرده إليه متى شاء فيكون تارة مبيعا وتارة سلفا، علل ابن القاسم بهذا، وعلل سحنون بأنه سلف يجر منفعة، وذلك أنه يسلفه الثمن لينتفع هو باستغلال المبيع"[64]، ولذلك منع منه جماهير الفقهاء: الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في الرواية الأخرى[65].

الدليل الرابع:

أن الصكوك تجمع وصفين، فهي تبدأ أوراقا مالية تمثل ملكية أصل أو حق أو منفعة، وتنتهي بأن تصبح ديونا في ذمة المصدر عن طريق تضمين اتفاقية الإصدار شروطا تنتهي بها إلى ذلك[66]، فالعلاقة تبدأ بين المصدر وحامل الصك شركة كما في صكوك المشاركة، أو بيعا يترتب عليه انتقال ملكية أصل إلى حملة الصكوك، كما في صكوك الإجارة التي تبدأ بعقد بيع يشتري بموجبه حملة الصكوك أصلا مولدا للدخل يجري تأجيره لمن باعه غالبا، وتستمر العلاقة كذلك حتى نهاية مدتها، أو وقوع حدث متفق عليه، حيث تصير دينا في ذمة المصدر، وذلك لأن الأخير وعد وعدا ملزما بشراء ذلك الأصل بثمن يساوي رأس مال الصكوك، سواء أكان الانتهاء بكمال المدة أم قبل ذلك، فالمعاملة هنا انقلبت من بيع أو إجارة أو شركة إلى دين.

ولهذا نظائر في الفقه الإسلامي، فعلى سبيل المثال "إن الانقلاب إلى دين أمر وارد في عقد الشركة والمضاربة، فإذا حصل التنضيض والقسمة في المضاربة، وجب أن يسلم المضارب لرب المال رأس ماله أو ما سلم منه وحصته من الربح، فإذا لم يفعل فهو ضامن وتنقلب العلاقة بين المضارب ورب المال إلى علاقة مداينة، ويصبح المبلغ المستحق دينا في ذمته"[67].

المناقشة:

ويناقش ذلك بأنه استدلال بمحل النزاع، ومحل النزاع لا يصح أن يكون دليلا بالاتفاق؟ إذ النزاع أصلا إنما هو في جواز مثل هذا الوعد الملزم بالشراء بالقيمة الاسمية للصكوك أي التعهد برد رأس مال الصكوك إلى حملة الصكوك، وهذا لا يجوز الوعد به لأنه حرام، فكونه وعدا أو كونه شرطا لا يحل ما حرم الله تعالى، كما قال –صلى الله عليه وسلم–: "مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، فَلَيْسَ لَهُ، وَإِنِ اشْتَرَطَ مِائَةَ مَرَّةٍ"[68].

ولهذا يقول السرخسي: "اشتراط الضمان على الأمين باطل"[69]، ويقول الماوردي: " كل عقد كان أمانة كالوديعة والمضاربة لم يصر مضمونا باشتراط الضمان ... لأن العقود معتبرة بما استقر من أحكام أصولها ولا يغير الشرط الأصل عن حكمه"[70].

وتقدم قول ابن قدامة: "متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهما من الوضيعة، فالشرط باطل. لا نعلم فيه خلافا والعقد صحيح. نص عليه أحمد"[71].

وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي: "لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بَطَلَ شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل"[72].

والوعد أقصى ما يمكن أن يبلغه من القوة الإلزامية أن يكون كالشرط.

واعتبار الدكتور القري الوعد سببا لانقلاب العقد إلى عقد مداينة هو حجة عليه لا له، لأن هذا يوضح أن حملة

الصكوك دخلوا في عقد الصكوك بناء على أنه في حقيقته عقد قرض وأن أموالهم سترد إليهم مع الزيادة الربوية، بخلاف هذا المثال الذي ساقه، فالمضارب لا يتعهد برد رأس مال المضاربة بقيمته الاسمية التي دخل بها رب المال في عقد المضاربة، إنما يجب عليه بمقتضى العقد والشرع ما بقي أو زاد من رأس مال المضاربة لأن يده عليه يد أمانة لا يد ضمان، وهذا واضح لمن تأمل.

الدليل الخامس:

أن توزيع الأرباح بصفة دورية يجعل القيمة السوقية لصكوك الاستثمار مساوية للقيمة الاسمية لأن الربح هو ما كان فوق رأس المال، فإذا ما تم توزيع الربح كله بمجيء وقت إطفاء الصكوك، بقي رأس المال كما هو، ومن ثم تعادل قيمة موجودات الصكوك السوقية حينئذٍ قيمتها الاسمية. وكذلك الحال فيما لو لم يكن ربحٌ أو خسارة، فالقيمة الاسمية أيضا تتساوى مع القيمة السوقية؛ فليس ثمة ما يمنع من إصدار التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية؛ لأنه عملياً مساوٍ للقيمة السوقية، وأما حالة الخسارة فاحتمالها ضعيف[73]، وتمكن معالجتها بأن يسترد مدير الصكوك قيمة الخسارة من حملة الصكوك وبالتالي تبقى القيمة الاسمية ثابتة.

المناقشة:

ونوقش بأن احتمال الخسارة وهبوط قيمة موجودات الصكوك محتمل جدا، ما دمنا نتحدث عن استثمار إسلامي، وليس قرضا بفائدة ربوية مضمونة، والحل المقترح بأن تسترد قيمة الخسارة من حملة الصكوك هو حل غير عملي، فليس هناك أحد يقبل أن يؤخذ منه مال على الصكوك التي يملكها بدلا من أن يجني منها أرباحا[74]، ولذا فإن صدور مثل هذا التعهد لا يجوز بغض النظر عن نسبة احتمالية وقوع الخسارة فإن مثل ذلك التعهد يقلب المعاملة إلى قرض مضمون بفائدة[75].

الدليل السادس:

أن هذا التعهد لا يعتبر ضمانا لرأس مال الصكوك لأن موجودات الصكوك إذا تلفت فلن يجد مدير الصكوك ما يشتريه، ومن ثم تقع الخسارة على حملة الصكوك[76].

المناقشة:

ويناقش ذلك: بأن معنى هذا التعهد هو ضمان رأس المال في حالة الخسارة الجزئية وهي الهلاك الجزئي لبعض رأس المال دون الهلاك الكلي الذي يتلف به رأس المال بالكلية، والضمان الجزئي كالضمان الكلي كلاهما ممنوع، لاسيما أن هذا الهلاك الكلي لا يتصور حدوثه إلا في حالات نادرة جدا ينعدم فيها رأس المال بالكلية.

الترجيح:

الراجح –والله أعلم–: هو القول الأول الذي قام عليه الإجماع، لقوة دلالته ومعناه وضعف أدلة القول الثاني، فلا يجوز الإطفاء بالتعهد بالبيع بالقيمة الاسمية أو أقل أو أكثر لمصدر الصكوك، نظرا لأن ذلك يؤدي إلى الضمان الممنوع شرعا في عقود الأمانة كالمضاربة والشركة والوكالة[77]، وسواء في ذلك أتم الإطفاء دفعة واحدة في نهاية المدة، أم على مراحل شيئا فشيئا في التواريخ المحددة في نشرة الإصدار حتى تصبح مملوكة للمصدر في نهاية المدة [78]. وقد أكّدت على ذلك عدد من القرارات والاجتهادات الجماعية[79].

ب. حالة كون مصدر الصكوك ليس مديرا أو شريكا أو وكيلا بالاستثمار أو ليس هو البائع الذي باع أصولها لحملة الصكوك:

أما إذا كان مصدر الصكوك في صكوك المشاركات ليس مديرا أو شريكا أو وكيلا بالاستثمار أو بائعا لأصولها وهو

ما اصطلح على تسميته بالطرف الثالث، حيث يكون في الحقيقة خارجا عن الإطار العقدي بين حملة الصكوك ومديرها، فهل يجوز إطفاء الصكوك ببيعها له بقيمتها الاسمية عن طريق تعهد سابق بذلك؟

اختلف الفقهاء المعاصرون في ذلك على قولين:

القول الأول: جواز ذلك، وإلى هذا ذهب مجمع الفقه الإسلامي[80]، والمجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة[81]، والهيئة الشرعية لمعيار سو دبي[82]، وبنحو ذلك أفتت الهيئة الشرعية لبنك البلاد[83].

الدليل:

ومستند هذا الحكم أن مصدر الصكوك بما أنه خارج إطار العلاقة العقدية، فتعهده بالشراء بالقيمة الاسمية عند الإطفاء لا محظور فيه لأنه لا يجعل رأس المال مضمونا على المضارب أو الشريك أو الوكيل، إنما هو من المعروف والإحسان إلى حملة الصكوك حتى يطمئنوا على رجوع رأس مالهم إليهم.

القول الثاني: عدم جواز الإطفاء بالبيع بالقيمة الاسمية للمصدر في هذه الحالة، ذهب إلى هذا: الشيخ تقي العثماني[84] والدكتور الصديق الضرير والدكتور فاضل إبراهيم الدبو[85] والدكتور أحمد محي الدين أحمد[86].

الأدلة:

واستدلوا على ذلك بما يأتي:

1. أن تعهد المصدر في هذه الحالة بشراء موجودات الصكوك بالقيمة الاسمية عند الإطفاء –ولو كان طرفا خارجا عن عملية الاستثمار– هو في حقيقة الأمر ضمان لرأس المال الصكوك، وعامة الفقهاء على المنع من الكفالة والضمان في عقود الأمانات كالوديعة والعارية ومال المضاربة والشركة[87]، فكما لا يصح ضمانها ممن هي في يده فكذلك لا يصح ضمانها من غيره[88]، لذا كان من القواعد الفقهية: "الأمانات لا كفالة فيها"[89]، قال الدكتور البورنو شارحا لها: "تدل هذه القاعدة على أن ما كان عقد أمانة غير مضمون على الأمين، وما دام لا ضمان على الأمين فلا تصح الكفالة فيها"[90].

المناقشة:

يمكن أن يناقش ذلك، بأن الذي منع منه الفقهاء هو أن يكفل شخص من هو أمين في عقود الأمانات، بحيث تكون هذه الكفالة مشترطة في العقد، ويكون الكفيل هو المطالب بالتعويض مع حقه الرجوع على المكفول، أما إذا كان هناك شخص يتبرع بالشراء بالقيمة الاسمية ويتحمل ما قد يقع من خسارة في ذلك، ولا يرجع بذلك على أحد فليس هناك دليل على المنع.

2. أن مصدر الصكوك في هذه الحالة المتعهد بالشراء بالقيمة الاسمية، إما أن يكون جهة خاصة وإما أن يكون حكومة، ولا يتصور أن يكون جهة خاصة لما فيه من مخاطر وكلفة انخفاض قيمة الأصول[91]، وأما الحكومة – وإن امكن تصور تبرعها بتحمل الخسائر –إن وقعت– فما تملكه من أموال فهو ملك لجميع أفراد الشعب، ولذا فمن غير المقبول أن تتحمل خسائر بعض الأفراد على حساب عامة الشعب[92].

المناقشة:

يناقش بأن الحكومات قد تفعل ذلك للمصلحة العامة، لتشجيع نوع معين من الاستثمار والعمل على انتشاره وازدهاره، لما فيه من فائدة هامة للمجتمع، كمحطات توليد الطاقة أو محطات تحلية المياه، أو شبكات اتصال، أو شبكات طرق أو جامعات ومدارس، إلى آخر هذه الأنشطة التي يتوقف عليها نمو أي مجتمع واستقراره، وتريد الحكومات

أن تلقي عن كاهلها عبء القيام به، فعند ذلك جبرها خسارة أي مشروع من هذه المشاريع، هو تصرف يعود بالنفع على المجتمع بأسره وليس على مجموعة أفراد منه.

3. أن عقود المشاركات تقتضي المشاركة في الغنم والغرم والربح والخسارة، وتبرع طرف آخر بتحمل الخسارة يخرج هذه العقود عن مقصودها[93].

المناقشة:

يناقش بأن التبرع بتحمل الخسارة عن طواعية واختيار خارج الإطار العقْدي دون اشتراط لا يتعارض مع مقصود هذه العقود من ضرورة تقابل المغانم بالمغارم، لأن هذا المقصود إنما هو في مجال المعاوضات التي تقوم على الشح والمكايسة، ولا يتناول مجال التبرعات التي تقوم على الإرفاق والإحسان[94].

الترجيح:

بعد العرض السابق لأقوال الفقهاء المعاصرين وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات، **يترجح –والله أعلم–**: القول الثاني بجواز تعهد المصدر حال كونه ليس مديرا أو شريكا أو وكيلا بالاستثمار بشراء موجودات الصكوك بالقيمة الاسمية –وهو غالبا لا يكون إلا حكومة تراعي تحقيق مصلحة عامة من وراء ذلك– لقوة ما استند إليه وسلامته من الاعتراض، لكن بشرط أن يكون ذلك تبرعا منها ويحرم أن يكون ذلك بمقابل مادي، تحت أي مسمى من المسميات، لأن هذه صورة من صور التأمين التجاري المحرم الذي ذهب جماهير الفقهاء المعاصرين إلى تحريمه، لما فيه من المقامرة الصريحة[95]، إذ قد تسلم أصول الصكوك ولا تحدث أي خسارة أو تحدث خسارة أقل مما يأخذ، فيغنم هذا الضامن، وقد تنخفض قيمة هذه الأصول أو تقع خسارة أكبر مما أخذ فيغرم[96].

ت. حالة كون مصدر الصكوك هو البائع لموجوداتها أو أعيانها:

أما إذا كان المصدر في صكوك الأعيان المؤجرة هو البائع الذي باعها أولا ثم استأجرها ثانيا فلا يجوز إطفاء الصكوك بالبيع له بما يؤدي إلى بيع العينة، وهو ما يكون مجموعه من أجرة وثمن يتجاوز الثمن النقدي الذي تقاضاه[**97**]، وهذه المسألة من مواضع الاتفاق لا من موارد الاختلاف كما قد يظن البعض اعتمادا على أن مذهب الشافعي يرى جواز العينة؛ لأن الإطفاء بالبيع للبائع الأصلي والذي استأجرها ثانيا مشترط في نشرة الإصدار، وقد اتفق الفقهاء على تحريم بيع العينة وبطلان العقد إذا كان البيع الثاني مشروطا في العقد، نقل الاتفاق على ذلك عدد من أهل العلم، قال السبكي في تكملة المجموع: " فإن فرض الشرط مقارنا للعقد بطل بلا خلاف"[98] ونقل الإجماع على ذلك أيضا شيخ الإسلام ابن تيمية في الفتاوى[99] وابن الأثير في جامع الأصول[100].

ومعلوم أن تعهد المستأجر البائع للعقار الأصلي بإعادة شرائه مشترطٌ في العقد، ولاسيما في صكوك الإجارة الحكومية، التي تتناول أعيانا لا يتصور أن تفرط الدولة في ملكيتها مثل الموانئ والمطارات ونحو ذلك من الأماكن السيادية، وعلى هذا فالعينة المشترطة في صكوك الإجارة، محرمة بإجماع العلماء .

وألحق عدد من أئمة الشافعية بالشرط ما كان عرفا وعادة جارية بين الناس– كما هو واقع الصكوك– منهم أبو محمد الجويني وابنه إمام الحرمين والأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني[101]، ولاريب أن هذا هو الصحيح، وإن نازع فيه من نازع من الشافعية[102]، لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا كما هو مقرر[103].

ث. حال كون مصدر الصكوك هو الصانع في صكوك الاستصناع:

لا يجوز إطفاء صكوك الاستصناع ببيعها للمصدر بما يؤدي إلى العينة، وذلك مثل أن يكون حملة الصكوك

مستصنعين ومصدر الصكوك صانعا ويتم التعاقد مع الصانع المصدر على استصناع مصنوعات أو معدات بثمن حال ثم إطفاء الصكوك ببيعها إليه بثمن أكثر عند الإطفاء، أو يتم التعاقد معه على أن يتم تأجيرها له ثم يتم إطفاؤها بشرائه لها بقيمتها الاسمية[104].

ج. حال كون المصدر هو المسلم إليه في صكوك السلم:

يجوز إطفاء صكوك السلم قبل قبض المسلم فيه ببيعها إلى المصدر (المسلم إليه) بقيمتها السوقية[105]، أو أقل، دون ما زاد على القيمة السوقية، حتى لا يكون في ذلك ذريعة إلى سلف جر نفعا[106]، وذلك على الراجح، وهو رواية عن أحمد[107]، وذلك لقول ابن عباس-رضي الله عنهما-: "إِذَا أَسْلَفْت فِي شَيْءٍ إِلَى أَجَلٍ مسَمِّي فَجَاءَ ذَلِكَ الْأَجَلُ وَلَمْ تَجِدْ الَّذِي أَسْلَفْت فِيهِ: فَخُذْ عَرَضًا بِأَنْقَصَ وَلَا تَرْبَحْ مَرَّتَيْنِ"[108].

وجه الاستدلال: أن ابن عباس –رضي الله عنهما– أجاز الاعتياض عن المسلم فيه من المسلم إليه ولكن بقيمته أو أنقص، لئلا يربح فيما لم يضمن[109]، ولم يفرق في ذلك بين طعام وغيره، ولا يعرف له مخالف من الصحابة، ومثل هذا يكون حجة[110]، قال ابن تيمية: " نهاه عن الربح فيه: بأن يبيعه دين السلم بأكثر مما يساوي وقت الاستيفاء"[111]، وهذا يدل على أنه لو باعه بقيمته فقط جاز.

كما يجوز إطفاؤها ببيعها له بعد القبض بما يتم الاتفاق عليه، سواء أكان ذلك بالقيمة الاسمية أم أقل أم أكثر[112]، ويشترط ألا يكون ذلك عن اشتراط[113] في نشرة الإصدار أو تواطؤ؛ لأن ذلك يجعل من صكوك السلم مجرد ستار على بيع العينة والتحايل على التمويل الربوي.

ثانيا الإطفاء بالبيع لغير مصدر الصكوك:

ما تقدم من اشتراط عدم الإطفاء بالقيمة الاسمية في حالة إذا كان الإطفاء بالبيع لمصدر الصكوك، أما إذا كان الإطفاء بالبيع لغير المصدر أي البيع لطرف ثالث، فلا حرج في أن يتم ذلك بأي من القيم السابقة الاسمية أو السوقية أو غيرها مما يتم الاتفاق عليه[114]، وقد صدرت بذلك أيضا عدد من القرارات[115] والاجتهادات الجماعية[116].

المبحث الثالث: إطفاء الصكوك عن طريق الفسخ

المطلب الأول: مفهوم فسخ العقد وأسبابه

لعل من المناسب أن نبدأ أولا بتعريف الفسخ لغة واصطلاحا ليتبين المراد بإطفاء الصكوك عن طريق الفسخ.

الفسخ لغة: النقض والإزالة، قال ابن فارس: "الفاء والسين والخاء كلمة تدل على نقض شيء"[117]، ويقال فسخ البيع فانفسخ أي نقضه فانتقض، وفسخ المفصل عن موضعه أزاله[118].

الفسخ اصطلاحا:

لا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، فهو نقض العقد ورفعه كأن لم يكن، وعرفه صاحب التعريفات الفقهية بأنه: "رفع العقد على وصف كان قبله بلا زيادة ونقصان"[119].

أسباب الفسخ:

لفسخ العقود في الجملة أربعة أسباب[120]:

السبب الأول: سبب شرعي، بحيث يجب رعاية لحق الشرع فسخ العقد الفاسد والباطل لإزالة فساده وبطلانه[121]، حماية لمصالح المكلفين العامة والخاصة، ودفعا للضرر وقطعا للمنازعات التي تحدث بسبب مخالفة ما قرره الشارع من الضوابط الشرعية.

السبب الثاني: سبب إرادي، كما في خيار العيب وخيار الشرط.

السبب الثالث: سبب قضائي، بأن يحكم القاضي بفسخ العقد إما رعاية لحق الشارع، وإما دفعا للضرر والظلم عن أحد المتعاقدين أو غيرهما.

السبب الرابع: سبب طارئ كما في حالة هلاك المعقود عليه قبل القبض واستحالة تسليمه فينفسخ العقد بسب فوات ما يعتمد بقاؤه عليه.

المطلب الثاني: كيفية إطفاء الصكوك عن طريق الفسخ

إذا استوجب عقد الصكوك القائم على شراء حملة الصكوك للأعيان، الفسخ بسبب من الأسباب السابقة فقد اتفق الفقهاء على أنه يجب التراد فيه من الجانبين (أي مصدر الصكوك وحملتها، فيرد الأول القيمة الاسمية للصكوك ويرد الثاني الأصل محل التصكيك) هذا إذا كان المعقود عليه قائما بحاله لم يتغير بزيادة أو نقصان[122] (أي عيب حادث)، أما إذا تغير بزيادة أو نقصان فقد اختلف الفقهاء في ذلك، وسوف أستعرض ذلك في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: كيفية فسخ عقد الصكوك في حالة زيادة موجودات الصكوك

الزيادة في موجودات الصكوك إما أن تكون متصلة وإما أن تكون منفصلة، وفي كلتا الحالتين، فهي إما أن تكون متولدة من الأصل أو غير متولدة من الأصل، فتحصل عندنا أربع صور، وفي هذه الصور كلها اختلف الفقهاء لمن تكون هذه الزيادة؟ على ثلاثة أقوال:

القول الأول: وهو قول الحنفية[123] أن الزيادة المتصلة إذا كانت متولدة من الأصل كالسمن ونحوه فلا تمنع الفسخ، وهي من حق البائع لأنها نماء ملكه فكما يجب رد الأصل كذلك يجب رد زيادته لأنها تبع له، فإن أراد المشتري إمساك المبيع والرجوع بالنقص على البائع فله ذلك عند محمد بن الحسن خلافا لهما[124].

أما إذا كانت غير متولدة من الأصل بل زادت بفعل المشتري، فإنها تمنع الفسخ، ويكون للمشتري أرش العيب، ومثلوا لذلك بأن يكون المبيع سويقا فلته المشتري، أو تكون أرضا فبنى فيها وغرس[125].

أما إذا كانت الزيادة منفصلة فإذا كانت متولدة من الأصل مثل الولد والثمرة منعت الرد للبائع، وإذا كانت الزيادة المنفصلة غير متولدة فإنها لا تمنع الرد وتكون من نصيب المشتري، ووافقوا في هذه الجزئية كما سيأتي الشافعية والحنابلة.

القول الثاني: وهو قول المالكية أن الزيادة المتصلة أو المنفصلة إذا كانت متولدة من الأصل فإنها لا تمنع الفسخ وهي من حق البائع، لكن اختلفوا إذا شاء أن يمسك المشتري المبيع هل له أن يرجع بقيمة العيب أم لا؟.

وكذلك إذا لم تكن متولدة من الأصل وحصلت عند المشتري فإنها لا تمنع الفسخ وهي للبائع أما إذا كانت هذه الزيادة بعمل من المشتري بما أحدثه فيها من صنعة ونحو ذلك، فهو مخير بين الرد ويكون شريكا في الزيادة أو الإمساك مع الرجوع بقيمة العيب[126].

القول الثالث: وهو قول الشافعية[127]، والحنابلة[128]: وهو أن الزيادة سواء أكانت متصلة أو منفصلة لا تمنع الفسخ بالعيب سواء قبل القبض أو بعده، ولكنهم يفرقون في من يستحق هذه الزيادة بين كون الزيادة متصلة أو منفصلة، ففي الأولى يُرد المعقود عليه مع زيادته إلى البائع، وفي الثانية يُرد من غير زيادته، أي زيادته تكون للمشتري، لكن اختلف

الحنابلة في الزيادة المتصلة هل يستحق المشتري قيمتها على قولين، عامتهم على أنه ليس له ذلك.

الخلاصة:

بعد العرض السابق لمذاهب الفقهاء وما فيه من تفصيلات وتفريعات متعددة نحتاج إلى أن نلخصها في النقاط التالية حتى يسهل التدليل عليها:

1. أن الزيادة المتصلة المتولدة كالسِمَن في الحيوان ونحو ذلك لا تمنع الفسخ وهي من حق البائع باتفاق المذاهب الأربعة، وقد سبق إلى التنبيه على ذلك الإمام العيني[129].
2. أن الزيادة المتصلة غير المتولدة كالغرس والبناء تمنع الرد عند الحنفية ولا تمنعه عند المالكية والشافعية والحنابلة، وعند الحنفية له أن يرجع بقيمة العيب، وعند الجمهور له أن يرجع بقيمة ما زاده.
3. أن الزيادة المنفصلة المتولدة كالولد تمنع الرد عند الحنفية ولا تمنعه عند المالكية والشافعية والحنابلة، إلا أن المالكية قالوا بأن هذه الزيادة للبائع وخالفهم في ذلك الشافعية والحنابلة فقالوا هي للمشتري، واختلف المالكية هل له إذا شاء أن يمسك المبيع أن يمسكه مجانا أو له أن يأخذ أرش العيب.
4. أن الزيادة المنفصلة غير المتولدة كالكسب لا تمنع الرد عند الأربعة، وهي للمشتري عند الحنفية والشافعية والحنابلة، أما عند المالكية فهي للبائع.

الأدلة والمناقشة:

1. احتج فقهاء المذاهب الأربعة على أن الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل لا تمنع الفسخ وهي من حق البائع بأن هذه الزيادة متصلة بالأصل فتكون تبعاً له بحكم الاتصال، فإذا انفسخ العقد على الأصل ينفسخ فيهما[130].
2. واستدل الحنفية على أن الزيادة المتصلة غير المتولدة تمنع الرد كما في الغرس والبناء بأن ذلك لمراعاة حق المشتري في مالية الزيادة[131].

المناقشة:

يمكن أن يناقش ذلك: بأن مراعاة حق المشتري تمكن مع الفسخ ورجوعه على البائع بقيمة الزيادة، فمنع الفسخ في مثل ذلك مجرد تحكم بلا دليل.

3. واحتج الحنفية على أن الزيادة المنفصلة المتولدة تمنع الرد أيضا بأن رد هذه الزيادة إلى البائع أو إلى المشتري يوقع في الربا لأن الزيادة لم يرد عليها العقد ولا يقابلها شيء من الثمن فيكون فسخ البيع وإمساكها من أي من الطرفين ربا[132].

المناقشة:

ونوقش ذلك: بأن هذه الزيادة وإن لم يقابلها شيء من الثمن إلا أن المشتري يستحقها بالضمان، فإن المبيع لو هلك كان من ضمانه[133].

4. واحتج الشافعية والحنابلة على ما ذهبوا إليه من أن الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل كالولد تكون من حق المشتري بما روى أبو داود عن عائشة –رضي الله عنه–: "أَنَّ رَجُلًا، ابْتَاعَ غُلَامًا فَأَقَامَ عِنْدَهُ مَا شَاءَ اللَّهُ أَنْ يُقِيمَ، ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا فَخَاصَمَهُ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَرَدَّهُ عَلَيْهِ فَقَالَ الرَّجُلُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَدِ اسْتَغَلَّ غُلَامِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ""[134].

وجه الاستدلال:

أن الحديث يدل على أن الزيادة المنفصلة التي تحدث بعد القبض وهي هنا منفعة العبد تكون من حق المشتري، لأن الخراج بالضمان. قال الترمذي: " هو الرجل يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيبا فيرده على البائع فالغلة للمشتري، لأن

العبد لو هلك كان من مال المشتري، ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان "[135].

قال الشافعي: " فقلنا بالقياس على حديث "الخراج بالضمان " فقلنا: كل ما خرج من ثمرٍ حائطٍ اشتريته، أو وَلَدِ ماشيةٍ أو جاريةٍ اشتريتها، فهو مثل الخراج، لأنه حدث في مِلك مشتريه، لا في ملك بائعه"[136].

5. واحتج الحنفية والشافعية والحنابلة أيضا على أن الكسب والأجرة ونحوها من الزيادة المنفصلة غير المتولدة تكون من نصيب المشتري بالحديث السابق.

6. ولم أجد للمالكية دليلا مستقلا فيما ذهبوا إليه من أن الزيادة المنفصلة المتولدة من الأصل من حق البائع، لكن يمكن أن يستدل لهم بما رواه الشيخان عن النبي –صلى الله عليه وسلم-: " لاَ تُصَرُّوا[137] الإِبِلَ وَالغَنَمَ، فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدُ فَإِنَّهُ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَحْتَلِبَهَا: إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعَ تَمْرٍ "[138].

وجه الاستدلال: أن زيادة اللبن كانت من نصيب البائع لا المشتري، ولذلك أُمر المشتري بأن يُعوِّض البائع بصاع من تمر، وهو أصح من حديث الخراج بالضمان باتفاق أهل الحديث[139].

المناقشة:

ونوقش ذلك من وجهين:

الأول: بأن الرد كان مقابل لبن التصرية الذي استهلكه المشتري، وهو من مشمولات الصفقة، أما اللبن الحادث بعده فهو على ملك المشتري وضمانه، قال الشافعي في بيان الفرق: " ولبنُ التصرية مفارقٌ لِلَّبن الحادثِ بعده، لأنه وقعت عليه صفقةُ البيع، واللبنُ بعده حادث في ملك المشتري، لم تقع عليه صفقة البيع"[140]. وقال ابن تيمية: "المشتري لم يضمن اللبن الحادث على ملكه. ولكن ضمن ما في الضرع؛ فإنه لما اشترى المُصَرَّاةُ وفيها لبن تلف عنده: كان عليه ضمانه"[141].

الثاني: أن حديث الخراج بالضمان حديث صحيح، والأحاديث الصحيحة لا يضرب بعضها ببعض وإنما يجمع بينها[142] والجمع ممكن على النحو الذي تقدم في الوجه الأول من المناقشة.

الترجيح:

الراجح: أن الزيادات المتصلة كسمن الدواب وثمار الأشجار وما جرى مجراها لا تمنع الفسخ وتكون من حق البائع (مصدر الصكوك)، لكن للمشتري (حملة الصكوك) الرجوع عليه بما أنفقوا عليها من نفقات، ويستأنس لهذا بما ذكره المالكية من حق المشتري في الرجوع بمقدار السقي والعلاج[143]، أما الزيادات المنفصلة كالنتاج والثمر والأجرة فهي من حق المشتري (حملة الصكوك)، عملا بحديث الخراج بالضمان.

يبقى النظر في الأرض إذا اشتراها حملة الصكوك فبنوا فيها ثم أُطلع فيها على عيب أرادوا الفسخ بسببه، **فالظاهر –والله أعلم-**: أن مصدر الصكوك بائع الموجودات مخير بين تعويض حملة الصكوك عن قيمة البناء ويملك ذلك البناء، أو يتراضى مع حملة الصكوك على أجرة يدفعها لهم على ذلك البناء ويكون له استغلاله، وذلك لأن جبره على دفع قيمة البناء والغرس قد يجحف بماله وقد لا يجد له وفاء.

وقد نص الحنابلة على مثل ذلك، قال البهوتي: " ولو غرس أو بنى مشتر فيما اشتراه ثم فسخ البيع بعيب أو غبن أو إقالة أو خيار شرط ونحوه كان لرب الأرض الأخذ أي أخذ غراس المشتري أو بنائه بالقيمة أو القلع وضمان النقص؛ لأنه وضع بحق وفي ذلك جمع بين حق البائع والمشتري، وله تركه -أي الغراس أو البناء- بالأجرة إن تراضيا عليها لأن الحق لا يعدوهما"[144].

لكن ما ذكره من القلع كان ذلك متصورا في زمنهم، إذا يمكن قلع البناء الذي يبنى من خشب ونحوه والانتفاع به، أما المباني اليوم فلا يتصور فيها ذلك، لذلك فإن البائع في هذه الحالة يخير بين أمرين فقط كما تقدم إما أن يدفع قيمة

البناء وإما أن يستأجره بالأجرة العادلة والله أعلم.

الفرع الثاني: كيفية فسخ عقد الصكوك في حالة نقصان موجودات الصكوك (طروء عيب عند حملة الصكوك)

أصل هذه المسألة يرجع إلى اختلاف الفقهاء فيما إذا حدث في المبيع عيب عند المشتري ثم اطلع فيه على عيب قديم من عند البائع هل أن يفسخ العقد أم لا ؟ على قولين:

القول الأول: أن ذلك لا يمنع الفسخ، فللمشتري (حملة الصكوك) الرد مع أرش النقص الحاصل عنده، ذهب إلى ذلك الإمام مالك[145] والإمام أحمد في أشهر الروايتين[146]، إلا أن يكون البائع قد دلّس العيب على المشتري، فإن للمشتري الرد بلا أرش ويلزم البائع دفع الثمن كاملا، نقل ذلك ابن رشد عن الإمام مالك[147]، وهو أيضا المذهب المنصوص عن الإمام أحمد، بل نص أحمد "على أن المبيع لو تلف عند المشتري – والحال هذه – ثم علم العيب رجع بالثمن كله، ولا شيء عليه للتلف"[148].

الدليل:

احتج أصحاب هذا القول بحديث المُصَرَّاةُ السابق، حيث جعل النبي –صلى الله عليه وسلم– للمشتري الرد، مع نقص بعض المبيع وهو اللبن، وجعل التمر بدله[149].

القول الثاني: أن ذلك يمنع الفسخ إلا بالتراضي، ذهب إلى هذا الحنفية[150] والشافعية[151]، والإمام أحمد في الرواية الثانية[152].

الدليل:

استدل أصحاب هذا القول بأن فسخ المشتري والحالة هذه، فيه إضرار بالبائع، بسبب النقص الحاصل عند المشتري، والضرر لا يزال بالضرر[153].

الترجيح:

الراجح هو: القول الأول الذي ذهب إليه المالكية والحنابلة، فيُفرق بين حالتي تدليس البائع وعدم تدليسه، فمتى ثبت أن بائع موجودات الصكوك (المصدر) مدلس، كان للمشتري (حملة الصكوك) حق الفسخ جبرا عليه لأنه غرر بهم، ولا يلزمهم قيمة العيب الحادث عندهم كما هو مذهب مالك وأحمد تشديدا على المدلسين.

وهناك قول آخر –يمكن القول به أيضا – اختاره عدد من فقهاء الحنابلة، وهو وجوب تعويض البائع في حالة التدليس أيضا، استدلالا بحديث المُصَرَّاةُ، فقد جُعل لبائعها بدل اللبن، مع تدليسه وارتكابه النهي، وبحديث أيضا "الخراج بالضمان" فكما أن المشتري له الخراج، فيجب أن يكون عليه الضمان لعموم الحديث، وقد رجح ذلك الزركشي وحكاه أبو البركات ابن تيمية رواية عن أحمد في التلف[154]. وعلى ذلك فيمكن أن يكون المرجع في ذلك إلى القاضي، إما أن يختار مذهب المالكية والحنابلة في التشديد وهذا إذا ظهر له بوضوح قصد الخداع والتدليس، وإما أن يختار ما ذهب إليه بعض الحنابلة من وجوب تعويض البائع (المصدر للصكوك) في هذه الحالة.

أما إذا لم يكن بائع موجودات الصكوك (المصدر) مدلسا، فُيخير المشتري (حملة الصكوك) بين الفسخ ورد أرش العيب الحادث أو عدم الفسخ مع أخذ أرش العيب القديم، ويجبر البائع (المصدر) على تنفيذ ما اختاروه، وذلك ترجيح لجانب المشتري الذي يكون غالبا ضعيفا، ولذلك علل المالكية والحنابلة مذهبهم بأن البائع غالبا "لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون مفرطا في أنه لم يستعلم العيب ويعلم به المشتري، أو يكون علمه فدلس به على المشتري"[155].

وإذا نظرنا إلى واقع ممارسات الصكوك وكيف أن المصدر هو الذي يقوم بالترتيب لعملية الإصدار وفرض شروط

التعاقد التي تناسبه، مما يمكنه من ترجيح مصلحته على مصالح حملة الصكوك، تأكد ضرورة السعي في تقوية جانبهم وجعل الخيار لهم في الفسخ وعدمه في هذه الصورة محل البحث، والله أعلم.

المبحث الرابع: إطفاء الصكوك بسبب إخلال المصدر بتنفيذ التزاماته

السؤال المطروح هنا، إلى أي مدى يكون لحملة الصكوك الحق في فسخ العقد إذا أخل المصدر بالتزاماته؟ سواء أكان هذا الإخلال بسبب نكوله وامتناعه عن التنفيذ أو بسبب الإفلاس وعدم القدرة المادية على الوفاء. المقرر عند عامة الفقهاء أن أحد طرفي العقد إذا تخلف أو نكل عن تنفيذ التزاماته في العقود اللازمة، كما لو تخلف البائع عن تسليم المبيع أو تخلف المشتري عن تسليم الثمن، فإنهم لا يعطون العاقد الآخر حق فسخ العقد، مادام يمكن إجبار الطرف المتخلف على تنفيذ التزاماته بسلطة القضاء، إذ وظيفة القاضي هي إيصال الحقوق إلى أصحابها، فلا داعي إذن للفسخ[156].

ولكن القانون الوضعي ذهب مذهبا مختلفا فهو يعطي العاقد الملتزم بالتنفيذ حق الفسخ بإزاء الطرف الآخر المخل، بالإضافة إلى حقه في إجبار العاقد الآخر على تنفيذ التزاماته العَقْدية [157]، والحجة التي يعتمد عليها أن الزمن المحدد لتنفيذ الالتزامات العَقْدية له تأثير جوهري على مصالح العاقدين، فقد تفوت مصلحة العاقد بسبب التنفيذ المتأخر ، وامتناع المتعاقد الآخر عن التنفيذ في حينه، ولذا فيجب أن يعطى المتضرر حق فسخ هذه الرابطة العَقْدية إذا وجد مصلحته في ذلك، وفي ذلك أيضا عقوبة رادعة للطرف المتخلف[158]. وهذا الاتجاه القانوني نجد ما يؤيده من قواعد الشريعة وكلام الفقهاء في مواضع أخرى، ولذا يقول الشيخ مصطفى الزرقا: "ونحن نرى أن النظر القانوني وجيه ؛ وأن قواعد الشريعة ومبادئها الفقهية تتسع له وتتقبله، كما أن بعض المذاهب الأربعة نفسها قد أقره في بعض العقود صراحة ولم ينفه في سواها"[159]. وهذا الذي ذكره الشيخ رحمه الله هو الحق الذي تؤيده الأدلة وأقوال الفقهاء في مواضع متعددة، فمن الأدلة قوله –صلى الله عليه وسلم-: "لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ"[160].

وجه الاستدلال: "أن تنفيذ العقد في غير حينه المتفق عليه بسبب تخلف أحد عاقديه أو تمرده عن التنفيذ قد يلحق ضررا كبيرا بالعاقد الآخر ، والضرر منفي بالنص والقضاء لا يستطيع إعادة الزمن"[161].

وأما أقوال الفقهاء:

- فقد نص الحنفية على أن الإجارة تفسخ بالعذر، ومن الأعذار التي تنفسخ بها الإجارة إفلاس مستأجر[162]، وعلل الموصلي ذلك بأنه دفع للضرر[163].
- وأثبت المالكية والشافعية الفسخ في الإجارة والسلم بإفلاس المستأجر والمسلم إليه[164].

وهذا كله يدل على أن الفقهاء أعملوا مبدأ حق الفسخ في العقود اللازمة إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته وإن كان ذلك في مواضع دون مواضع، لكن تعليلهم بأن ذلك دفع للضرر يوجب أن يثبت هذا الحق في الفسخ في كل ما يوجب المضي فيه ضررا بسبب إخلال أو تقصير المتعاقد الآخر.

وبناء على ذلك فإن حملة الصكوك يثبت لهم حق الفسخ شرعا إذا أخل المصدر بالتزاماته، ويكون لهم الخيار بين فسخ العقد، أو الطلب من القاضي أن يجبره على التنفيذ، مع مشروعية طلب التعويض في الحالتين إذا ترتب على الإخلال ضرر وكان بسبب تقصير أو تهاون، والله أعلم.

المبحث الخامس أثر إفلاس المصدر على حقوق حملة الصكوك

تقدم في المبحث السابق أن من الأسباب التي تبيح لحملة الصكوك اللجوء للقضاء لطلب فسخ العقد عدم وفاء

المصدر بالتزاماته بسبب الإفلاس، ولم يكن هذا الإفلاس شيئا نادرا أو قليل الحدوث، بل قد شهدت تطبيقات الصكوك عددا من حالات الإفلاس والتعسر، حيث يعجز مصدر الصكوك عن الوفاء بالتزاماته تجاه حملتها، وفيما يلي جدول[165] يوضح نماذج على هذه الإخفاقات:

الاسم	المبلغ	الدولة	نوع الإصدار	القطاع
إيست كاميرون غاز (East Cameron Gas)	١٦٦ مليون دولار أمريكي	الولايات المتحدة الأمريكية	شركات	الطاقة
لاغون سيتي صكوك (Lagoon City Sukuk)	٢٠٠ مليون دولار أمريكي	الكويت	شركات	عقارات
إنفستمنت دار صكوك (Investment Dar Sukuk)	١٠٠ مليون دولار أمريكي	الكويت	شركات	خدمات مالية
غولدن بيلت- ١ صكوك (Goledn Belt-1 Sukuk)	٦٥٠ مليون دولار أمريكي	البحرين (شركة سعودية)	شركات	مختلط
صكوك النخيل (Nakheel Sukuk)	٣,٥٢ مليار دولار أمريكي	الإمارات العربية المتحدة	شركات	عقارات

جدول: بعض إخفاقات الصكوك

ويتضح من هذا الجدول الحالات المتعددة التي منيت فيها الصكوك بالإخفاق على تنوع نشاطها الاستثماري بين النفط والغاز كما في شركة (إيست كاميرون) إلى الخدمات المالية كما في (إنفستمنت دار صكوك) إلى العقار كما في (صكوك نخيل).

وهذا الإفلاس كان من المفترض ألا يسبب كبير مشكلة في الصكوك القائمة على ملكية الأصول، لأن بإمكان حملة الصكوك استرداد أصولهم وبيعها أو تأجيرها، لكن لكون أكثر تطبيقات هذه الصكوك تقوم على الارتباط الشكلي بالأصول دون وجود بيع حقيقي[166]، لأن الغرض الحقيقي منها هو التحايل على الاقتراض الربوي، فقد ترتب عليها العديد من المشاكل والمنازعات القضائية بين الشركة مصدرة الصكوك وحملتها، ولم تستطع أن توفر لحملة الصكوك من الحماية ما توفره السندات التقليدية لحملتها من حقوق ذات أولوية أو ذات امتياز، وبالتالي أصبح حملة الصكوك في كثير من الحالات مجرد دائنين عاديين للمصدر يشاركهم دائنون آخرون ممن يتعاملون مع الشركة المصدرة في أنشطة أخرى خارج مجال الصكوك.

ولاريب أن هذا يستدعي التأصيل الفقهي لما هو الواجب في مثل هذه الحالات[167]، وبخاصة وأن كثيرا من حملة الصكوك في غالب الحالات هم ضحية لسوء فهم للعقود الإذعانية التي يدبجها المصدر أو ضحية لاجتهاد خاطئ من الهيئة الشرعية التي تقوم نشرة الإصدار.

وفي هذا الصدد أبدأ أولا بالتعريف بالإفلاس لغة واصطلاحا، ثم أبين حقيقة الصورة محل البحث وخلاف الفقهاء فيها، على النحو الآتي:

الإفلاس لغة:

الفلس – في اللغة –: مأخوذ من الفلوس وهي أخس مال الرجل، كأنه إذا أفلس لم يبق معه من ماله إلا من

الشيء التافه[168]، قال ابن فارس: " أفلس الرجل. إذا صار ذا فلوس، بعد أن كان ذا دراهم"[169].

الإفلاس اصطلاحا:

هي حالة يوصف بها "من عليه ديون لا يفي ماله بها"[170]، وعرّفت مجلة الأحكام المفلس بأنه "الذي دينه مساو لماله أو أزيد"[171]، وتعريف المجلة أقرب لحفظ حقوق الغرماء لأنه إذا كان ماله مساويا لديونه، فربما تصرف في ماله تصرفا ينقصه فيضيع به حق الغرماء.

وأما صورة المسألة محل البحث فهي: إذا ركبت الشركةَ المصدرة للصكوك ديونٌ وأخفقت في الوفاء بما عليها تجاه حملة الصكوك من التزامات، سواء أكان ذلك الالتزام أجرة أم تسليم طائرات أم سيارات أم بواخر أم معدات تعاقدت على صنعها في عقد استصناع أم كان كمية من البترول والغاز ونحو ذلك في عقد سلم، ولجأ حملة الصكوك إلى القضاء للوصول إلى حقوقهم، فقد اختلف الفقهاء في الواجب في هذه الحالة على قولين:

القول الأول: أن المفلس يحجر عليه وتباع أملاكه وتقسم بين غرمائه بالحصص على نسبة ديونهم[172]، ذهب إلى ذلك: المالكية[173] والشافعية[174]، والحنابلة[175]، ومحمد بن الحسن وأبو يوسف من الحنفية[176] وهو المقضي به عندهم كما في مجلة الأحكام[177]،

وهو مذهب الحنفية أيضا إذا كان ماله نقودا والدين نقودا[178].

الأدلة[179]:

1. حديث أبي سعيد الخدري –رضي الله عنه–قال: "أُصِيبَ رَجُلٌ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي ثِمَارٍ ابْتَاعَهَا، فَكَثُرَ دَيْنُهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ، فَتَصَدَّقَ النَّاسُ عَلَيْهِ، فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءَ دَيْنِهِ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِغُرَمَائِهِ: خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ"[180].
2. ما رواه الزهري، عن ابن كعب بن مالك، عن أبيه، "أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ مَالَهُ، وَبَاعَهُ فِي دَيْنٍ عَلَيْهِ"[181].

وجه الاستدلال من الحديثين:

أنهما يدلان على أن الحاكم يحجر على المدين المفلس ويبيع ماله وفاء لديونه، وأن غرماءه ليس لهم عليه سبيل أكثر من ذلك[182].

3. ما رواه مالك عن عمر بن عبد الرحمن بن دَلَافٍ الْمُزَنِيّ، عن "أَنَّ رَجُلًا مِنْ جُهَيْنَةَ كَانَ يَسْبِقُ الْحَاجَّ فَيَشْتَرِي الرَّوَاحِلَ. فَيُغْلِي بِهَا. ثُمَّ يُسْرِعُ السَّيْرَ فَيَسْبِقُ الْحَاجَّ. فَأَفْلَسَ فَرُفِعَ أَمْرُهُ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، فَقَالَ: أَمَّا بَعْدُ: أَيُّهَا النَّاسُ. فَإِنَّ الْأُسَيْفِعَ، أُسَيْفِعَ جُهَيْنَةَ رَضِيَ مِنْ دِينِهِ وَأَمَانَتِهِ. بِأَنْ يُقَالَ سَبَقَ الْحَاجَّ أَلَا وَإِنَّهُ قَدْ دَانَ مُعْرِضًا. فَأَصْبَحَ قَدْ رِينَ بِهِ. فَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ فَلْيَأْتِنَا بِالْغَدَاةِ. نَقْسِمُ مَالَهُ بَيْنَهُمْ"[183].

وجه الاستدلال:

أن هذا كان بمجمع من الصحابة –رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ –ولم ينكره أحد، فدل على: أنه إجماع[184].

4. قياس الأولى "فإنه إذا كان المريض –مرضا مخوفا–محجورا عليه لمكان ورثته، فأحرى أن يكون المدين محجورا عليه لمكان الغرماء"[185].

القول الثاني: أن المفلس لا يحجر عليه، ولا تباع أملاكه عليه، بل يحبسه القاضي حتى يبيعها بنفسه ويوفي غرماءه حقوقهم، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة –رحمه الله[186]–.

الأدلة:

1. عموم قوله تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾(البقرة: 29).

وجه الاستدلال:

أن بيع مال المدين جبرا عليه هو تجارة ليست عن تراض، فلا يكون البيع مشروعا[187].

المناقشة:

ويناقش بأن الأدلة السابقة التي استدل بها أصحاب القول الأول تخصص هذا العموم المذكور، وقد وافق الحنفية على ذلك التخصيص فيما إذا كان مال المفلس نقودا وديونه نقود من نفس الجنس أو كان ماله دنانير وديونه بالدراهم أو العكس، فأجازوا للقاضي أن يبيع ماله ليوفي دينه، فيجب أن يكون الأمر كذلك إذا كان ماله أو دينه عروضا، إذ لا فرق بين البيعين، والشريعة –كما هو معلوم– لا تفرق بين متماثلين.

2. ما رواه البيهقي عن أَبِي مِجْلَزٍ، "أَنَّ عَبْدًا كَانَ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ: فَحَبَسَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَتَّى بَاعَ فِيهِ غَنِيمَةً لَهُ"[188].

وجه الاستدلال:

أن النبي علم بيسار هذا الشخص ومع ذلك حبسه ولم يبع عليه ماله، فلو كان بيع ماله جائزا لفعله النبي –صلى الله عليه وسلم–لأن فيه نظرا ومصلحة للجانبين[189].

المناقشة:

ويناقش بأن الحديث ضعيف، ضعفه الإمام البيهقي كما هو موضح في الحاشية.

3. المعنى المعقول إذ إن المستحق عليه هو قضاء الدين ولقضاء الدين طرق أخرى سوى بيع المال، كالاستقراض والاستهاب، ولذا فليس للقاضي ولاية في بيع ماله عليه[190].

المناقشة:

ويناقش بأن هذا غير مسلم، لأن القاضي لا يبيع عليه ماله، إلا إذا تعذر كل طريق آخر لقضاء دينه.

الترجيح:

بعد استعراض أدلة القولين **فالذي يترجح هو**: القول الأول الذي عليه جمهور أهل العلم، لقوة أدلته وصراحتها في الدلالة على المطلوب وسلامتها من الاعتراضات.

وعليه فإن الواجب في حالة إفلاس الشركة المصدرة التي عليها التزامات لحملة الصكوك، ولجوء حملة الصكوك إلى القضاء هو الحجر على الشركة المصدرة وبيع أموالها وتقسيم أموالها على الغرماء الذين منهم حملة الصكوك، علما بأن مفهوم المال لا يصدق فقط على الأملاك المادية بل يمتد للشخصية الاعتبارية للشركة وما لها من حقوق معنوية كعلامات تجارية وشهرة وبراءات اختراع ونحو ذلك[191]، وهذا وإن كان معمولا به في أكثر القوانين أي الحجر على الشركة المفلسة ومصادرة أموالها لصالح الغرماء، لكن وجب التنبيه على مأخذه من الشريعة، ولاسيما أن بعض المحاكم قد تكون استقت قوانينها من المذهب الحنفي الذي يمنع من ذلك في بعض الصور، والله أعلم.

هذا ومسائل الإفلاس المتعلقة بإفلاس الشركة المصدرة متشعبة كثيرة الفروع، ولا يمكن الإحاطة بها في هذا البحث،

وإنما موضعها رسالة علمية مستقلة في ذلك، تعمها وتعم غيرها من شركات الأسهم والصناديق الاستثمارية، وحسبنا هنا أن نبهنا على أصل المسألة، والله تعالى أعلم، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

نتائج البحث

يطيب لنا في ختام هذا البحث أن نسجل أهم نتائجه على النحو الآتي:

- لا يجوز إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية إذا كان مصدر الصكوك مديرا أو شريكا، ويجوز إذا كان بالقيمة السوقية أو بالقيمة العادلة أو بالقيمة التي يتم التراضي عليها عند تنفيذ الشراء لخلوه في الحالة الأخيرة من محظور ضمان رأس المال.
- إذا لم يكن مصدر الصكوك في صكوك المشاركات ليس مديرا أو شريكا أو وكيلا أو بائعا لأصولها فلا مانع من أن يشتريها بقيمتها الاسمية لعدم تضمن ذلك محظور ضمان رأس المال في عقود المشاركات أو عقود الوكالة، ولعدم تضمنه كذلك محظور العينة.
- إذا كان المصدر لصكوك الأعيان المؤجرة هو البائع الذي باعها أولا ثم استأجرها ثانيا فلا يجوز إطفاء الصكوك بالبيع له بما يؤدي إلى بيع العينة.
- لا يجوز إطفاء صكوك الاستصناع ببيعها للمصدر بما يؤدي إلى العينة أو يكون حيلة على التمويل الربوي، وذلك مثل أن يتم التعاقد مع الصانع المصدر للصكوك على استصناع مصنوعات أو معدات بثمن حال ثم إطفاء الصكوك ببيعها إليه بثمن مؤجل أزيد.
- إذا كان الإطفاء بالبيع لغير المصدر أي البيع لطرف أجنبي، فلا حرج في أن يتم ذلك بأي من القيم الاسمية أو السوقية أو غيرها مما يتم الاتفاق عليه.
- إذا اطلع حملة الصكوك على عيب في موجوداتها وكانت قد زادت زيادات متصلة ويمثل الفقهاء لذلك بسمن الدواب، ويجري مجرى ذلك ارتفاع قيم الأصول الرأسمالية فإن هذه الزيادات لا تمنع الفسخ، وتكون من حق البائع مصدر الصكوك، ولحملة الصكوك الرجوع عليه بما أنفقوا في سبيل تحصيلها، أما الزيادات المنفصلة عن هذه الموجودات كالأجرة فهي من حق المشتري (حملة الصكوك)، عملا بحديث الخراج بالضمان.
- إذا كانت موجودات الصكوك أرضا اشتراها حملة الصكوك فبنوا فيها ثم أُطلع فيها على عيب أرادوا الفسخ بسببه، فمصدر الصكوك بائع الموجودات مخير بين تعويض حملة الصكوك عن قيمة البناء والصيانة ويملك ذلك البناء، أو يتراضى مع حملة الصكوك على أجرة يدفعها لهم على ذلك البناء ويكون له استغلاله.
- متى ثبت أن البائع (مصدر الصكوك) مدلس، كان للمشتري (حملة الصكوك) حق الفسخ جبرا عليه لأنه غرر بالمشتري، ولا يلزم المشتري قيمة العيب الحادث عنده كما هو مذهب مالك وأحمد تشديدا على المدلسين، ولا مانع أن يكون المرجع في ذلك إلى القاضي بحيث يختار التشديد إذا ظهر له بوضوح الإصرار على الخداع والتدليس أو فشا ذلك في البائعين، أو أن يختار ما ذهب إليه بعض الحنابلة من وجوب تعويض البائع في هذه الحالة.
- إذا لم يكن مصدر الصكوك مدلسا، فُيخير حملة الصكوك بين الفسخ ورد أرش العيب الحادث أو عدم الفسخ مع أخذ أرش العيب القديم، ويجبر البائع عل تنفيذ ما اختاروه المشتري، وذلك ترجيح لجانبهم الذي يكون غالبا ضعيفا.
- حملة الصكوك يثبت لهم حق الفسخ شرعا إذا أخل المصدر بالتزاماته، ويكون لهم الخيار بين فسخ العقد، أو الطلب من القاضي أن يجبره على التنفيذ، مع مشروعية طلب التعويض في الحالتين إذا ترتب على الإخلال ضرر وكان بسبب تقصير أو تهاون.
- إذا أفلست الشركة المصدرة وأخفقت في الوفاء بالتزاماتها، ولجأ حملة الصكوك إلى القضاء، فالواجب هو الحجر

على أموال وأملاك الشركة المصدرة وتقسيمها على الغرماء الذين منهم حملة الصكوك، علما بأن مفهوم المال لا يصدق فقط على الأملاك المادية بل يمتد للشخصية الاعتبارية للشركة ونحو ذلك من الأمور المعنوية التي أصبح لها في العرف المعاصر قيمة تجارية.

(1) أستاذ في قسم الفقه والأصول، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، البريد الالكتروني: **arif.ali@iium.edu.my**.

(2) باحث أول في مركز الوسطية والتجديد، كلية الدراسات الإسلامية، جامعة حمد بن خليفة، قطر، البريد الالكتروني: **hamohammed@qfis.edu.qa**.

(3) الصكوك الاستثمارية: "وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في أصول مشروع معين أو نشاط استثماري خاص، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك وقفل باب الاكتتاب وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله"، ينظر: مجموعة من الباحثين، المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، (البحرين: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، 2007م)، ص288.

(4) مجموعة الثمانية الكبار هي الدول الصناعية الكبرى في العالم. وهي: الولايات المتحدة الأمريكية، اليابان، ألمانيا، روسيا الاتحادية، إيطاليا، المملكة المتحدة، فرنسا، وكندا، ينظر: الموسوعة الحرة (ويكيبيديا)، تحت هذا الرابط: <**http://cutt.us/x70qq**>، شوهد في يناير-11- 2013.

(5) أسامة عبد الحليم الجورية، صكوك الاستثمار ودورها التنموي في الاقتصاد، (رسالة ماجستير في الدراسات الإسلامية، معهد الدعوة الجامعي، قسم الدراسات العليا، الجزائر، 2009م)، ص2.

(6)جريدة الأنباء، عدد السبت 22 ديسمبر، 2007م، ولم يتسن التأكد من تحقق ذلك التوقع من مصدر موثوق.

(7) محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق، الملقّب بالزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، (القاهرة: دار الهداية، د.ت)، د.ط، مادة (طفأ)، ج1، ص327، أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، (بيروت: عالم الكتب، 1429هـ/2008م)، ط، 1مادة (ط ف أ)، ج2، ص1403.

(8) معيار سوق دبي المالي لإصدار وتملك وتدول الصكوك (**DFM**)، ص8.

(9) بيرحايلية بدر الدين، إدراج الصكوك الإسلامية في القانون الجزائري، (الجزائر: الملتقى الدولي الثاني للصناعة المالية الإسلامية، آلية ترشيد الصناعة المالية، المنعقد بالمدرسة العليا للتجارة، 8-9، سبتمبر، 2013م)، ص24.

(10) محمد بن مكرم بن على، جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، (بيروت: دار صادر، 1414هـ)، ط3، باب الدال، فصل الراء، ج3، ص173.

(11) نزيه حماد، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، (دمشق: دار القلم، 1429هـ /2008م)، ط1، ص54، مجموعة من الباحثين، الموسوعة الفقهية الكويتية، (الكويت. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، 1427هـ)، د.ط، ج3، ص282 .

(12) علي القره داغي، بحوث فقهية واقتصادية في قضايا البنوك الإسلامية، ص202. نشر مفرقا إلكترونيا على موقع فضيلة الشيخ، وقد جُمع

تحت هذا الرابط: **http://www.4shared.com/office/CLECJzMpba/_______.html**، ص230.

(13)ينظر على سبيل المثال: فيصل صالح الشمري، صكوك المضاربة: دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، (الرياض: دار الميمان، 1435هـ/2014م)، ط1، ص387.

(14) جاء في قراره رقم 178 (19/4) بشأن "الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها": تحت عنوان: "ثالثاً: أحكام الصكوك:

"لا يجوز إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية بل يكون الإطفاء بقيمتها السوقية أو بالقيمة التي يتفق عليها عند الإطفاء".

(15) جاء في معيار صكوك الاستثمار في صدد بيان ما تجب مراعاته في نشرة الإصدار: "أن لا تشتمل النشرة على أي نص يضمن به مصدر الصك لمالكه قيمة الصك الاسمية في غير حالات التعدي أو التقصير، ولا قدراً معيناً من الربح، لكن يجوز أن يتبرع بالضمان طرف ثالث مستقل"، ينظر: مجموعة من الباحثين، المعايير الشرعية، مصدر سابق، ص243.

(16) جاء في توصياتها: "التعهد الصادر من مصدر الصكوك بشراء الأصول أو الأعيان أو الأسهم من حامل الصكوك بالقيمة الاسمية إذا كانت الصكوك تمثل أعيانا مشتراة من المتعهد بالشراء، أنواع:

- تعهد بالشراء في أجل محدد سابقا (أجل الصكوك) أي عند الإطفاء.
- تعهد بالشراء في حالة تعثر المصدر .
- تعهد بالشراء في حالة انخفاض القيمة الاسمية للأصول والأعيان.

والأنواع السابقة جميعها لا تجوز شرعا لاستلزامها العينة الممنوعة شرعا وسدا لذريعة الربا"، ينظر: مجموعة من الباحثين، ندوة "الصكوك الاستثمارية .. عرض وتقويم"، (السعودية: مجمع الفقه الدولي وجامعة الملك عبد العزيز والبنك الإسلامي للتنمية، 1431 هـ/2010 م)، ص3.

(17) مجموعة من الباحثين، فتاوى الهيئة الشرعية للبركة، جمع وتنسيق: عبد الستار أبو غدة وعز الدين محمد خوجة، (د.م: مجموعة دلة البركة، ط2، 2003/1423)، ص15.

(18) عبد الله بن محمد العمراني، التحوط في المعاملات المالية، ورقة مقدمة إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الحادية والعشرون، الرياض 15-21 المحرم 1435هـ الموافق 18-24 نوفمبر 2013، ص10.

(19) حامد حسن ميرة، ملكية حملة الصكوك وضماناتها، منشور ضمن بحوث ندوة البركة الثانية والثلاثين للاقتصاد الإسلامي، (البحرين: إدارة البحوث والتطوير، مجموعة البركة المصرفية، 1432-2011م)، ط1، ص91-92.

(20) محمد علي القري، أحكام ضمان الصكوك وعوائدها، ندوة الصكوك عرض وتقويم، ص238 :256.

(21) سامي أحمد حسن حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، (عمان: مكتبة الشرق، 1402هـ/1982م)، ط2، ص400.

(22) محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، (بيروت: : دار المعرفة، 1414هـ/ 1993م)، د.ط، ج11، ص158.

(23) مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، الموطأ ، تحقيق : محمد مصطفى الأعظمي، (أبو ظبي: مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، 1425 هـ/ 2004م)، ط1، ج4، ص1000.

(24) سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، (القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، د.ت)، ط2، ج5، ص164، وقال أيضا في ص153: "من سنة القراض ما قدمناه من أن العامل يأخذ المال القراض ويعمل فيه ولا يكون عليه الضمان، وإنما هو من ضمان رب المال ولا خلاف في ذلك، فإن شرط الضمان على العامل فالعقد فاسد خلافا لأبي حنيفة في قوله العقد صحيح، والدليل على ما نقوله أن هذا نقل الضمان عن محله بإجماع فاقتضى ذلك فساد العقد".

(25) موفق الدين بن قدامة، المغني، (القاهرة : مكتبة القاهرة، 1388هـ/1968م)، د.ط، ج5، ص49، وينظر أيضا: مصطفى بن سعد بن عبده الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، (بيروت: المكتب الإسلامي، 1415هـ/ 1994م)، ط2، ج3، ص521.

(26) أحمد بن عبد الحليم بن تيمية، مجموع الفتاوى، (المدينة النبوية: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، 1416هـ/1995م)، د.ط،

ج30، ص85.

[27] علي محي الدين القره داغي، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، (الدوحة: د.ن، د.ت)، د.ط، ص259.

[28] جاء في الإنصاف: تعليقا على قول صاحب المقنع: في سياق ضمان العارية" وكل ما كان أمانة لا يصير مضمونا بشرطه": "هذا المذهب وعليه الأصحاب. ... وعنه: المسلمون على شروطهم"، ينظر: علي بن سليمان المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت)، ط2،ج6، ص113.

[29] محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، الإشراف على مذاهب العلماء، (رأس الخيمة: مكتبة مكة الثقافية، 1425هـ/2004م)، ط1،ج6، ص351.

[30] هو أبو عبد الله محمد بن عتاب بن محسن شيخ المفتين بقرطبة، وأحد العلماء والمحدثين الأثبات، تفقه به أهل الأندلس، ينظر: عياض بن موسى اليحصبي، ترتيب المدارك وتقريب المسالك، تحقيق: جماعة من الباحثين، (لمغرب: مطبعة فضالة، 1965: 1983م)، ط1،ج8، ص131، إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، (القاهرة ر: دار التراث للطبع والنشر، د.ت)، د.ط،ج2، ص241

[31] هو القاضي عبد الرحمن بن أحمد بن سعيد بن محمد بن بشر، المعروف بابن الحصار، قال ابن حيان: "لم يكن في وقته بقرطبة مثله، حفظاً للفقه، وحذقاً بالحكم"، ينظر: عياض، ترتيب المدارك، ج8، ص10.

[32] ينظر: أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، تحقيق: جماعة من الباحثين بإشراف د. محمد حجي، (المغرب، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية، ودار الغرب الإسلامي، د.ط، 1401هـ/1981م)، ط1، ج1، ص223.

[33] هو: القاضي عبيد الله بن الحسن بن الحصين العنبري، من الفقهاء العلماء بالحديث، من أهل البصرة، ي ينظر: خير الدين بن محمود بن محمد الزركلي، الأعلام، (بيروت: دار العلم للملايين، 2002م)، ط15،ج4، ص192.

[34] نقله عن داود الظاهري وعبيد الله بن الحسن الماوري في الحاوي الكبير، ينظر: علي بن محمد بن محمد بن حبيب، الشهير بالماوردي، الحاوي الكبير، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ/1999م)، ط1،ج7، ص118.

[35] محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، (بيروت : دار ابن حزم، ط1، د.ت)، ص587.

[36] جاء في الشرح الكبير: "(وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه؛ لأن مقتضى العقد كونه أمانة فإذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه، كما لو اشترط ضمان الوديعة أو ضمان مال في يد مالكه، وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه؛ لأن مقتضى العقد الضمان، فإذا شرط نفي ضمانه لا ينتفي مع وجود سببه، كما لو اشترط نفي ضمان ما يتعدى فيه، وعن أحمد أنه ذكر له ذلك فقال المؤمنون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه"، ينظر: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، (بيروت : دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، د.ت)، ج5، د.ط، ص367.

[37] إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح، المبدع شرح المقنع، (بيروت : دار الكتب العلمية، 1418هـ/1997م)، ط1، ج5، ص10.

[38] ولهذا يقول الدكتور نزيه حماد –رغم قوله بجواز تضمين المضارب بالشرط لرأس المال التالف والضائع تحت يده–: "تضمين الأمين بالشرط– أو بغيره من موجبات تضمينه– في الاصطلاح الفقهي منحصرٌ في "ضمان المتلفات"، أي أن يصير هو المتحمل لتبعة الهلاك الكليّ أو الجزئي لما تحت يده من تلك الأموال –أياً كان سببه– بحيث يلْزم بردّ مثل التالف إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات· وليس المقصود بتضمينه أن تنشغل ذمتُه بذلك المال المقبوض، ويصير ديناً فيها، يلزمُه أداؤه لصاحبه كسائر الديون التي تثبتُ في الذمة، وإلاّ لتحوَّل الأمناءُ عند اشتراط الضمان عليهم إلى مقترضين، وذلك أمرٌ لا سبيل إلى قبوله شرعاً، لما فيه من تفريغ عقود الأمانة من مضمونها، وتعريتها عن حقيقتها، والتوسُّل بها إلى القروض الربوية"، ينظر: نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، (دمشق: دار القلم، بيروت: الدار الشامية، 2001م/1421هـ)، ط1، ص373.

(39) جاء في المعيار المعرب: "قال ابن سهل أخبرني الفقيه أبو عبد الله ابن عتاب أن القاضي أبا المطرف بن بشر شيخه أملى عقدا بدفع الوصي مال السفيه قراضا إلى رجل على جزء معلوم وأملى فيه أن العامل طاع بالتزام ضمان المال وغرمه، وأنه أُعترض في ذلك و أُنكر عليه و قيل هو غير جائز لالتزامه هذا و المال قائم لم يشغل في شيء اشترى له . فقلت له : هو كما اعترض المعترض و في سماع ابن القاسم ما يشهد بصحة الاعتراض عليه، فقال لي لم يحفل القاضي بذلك، و احتج بمذهبه و نصره بحجج بسطها و مسائل استشهد بها، قال و أنا أقول بقوله في ذلك وأراه صوابا"، ينظر: الونشريسي، المعيار المعرب، مصدر سابق، ج1، ص223.

(40) حامد حسن ميرة، ملكية حملة الصكوك وضماناتها، ص92.

(41) علي أحمد السالوس، سندات المقارضة والاستثمار، (جدة: مجلة مجمع الفقه الإسلامي، 1408هـ/1988م)، ع4، ج3، ص1953.

(42) ابن قدامة، المغني، ج4، ص240.

(43) محمد علي القري، أحكام ضمان الصكوك وعوائدها، ندوة الصكوك عرض وتقويم، ص244-245.

(44)رواه البخاري تعليقا بصيغة الجزم، في ترجمة باب: أجر السمسار، ج3، ص،92، ورواه موصولا كل من الترمذي في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله –صلى الله عليه وسلم– في الصلح حديث رقم (1352)، ج3، ص626، وأبو داود في كتاب الأقضية، باب الصلح، حديث رقم (3594)، ج3، ص304، وتعليق البخاري له بصيغة الجزم: يدل على صحته عنده، انظر: عبد الرحمن السَّخاوي، المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، (بيروت: دار الكتاب العربي، (د ط)، (د ت) ، ج1، ص607، وصححه الألباني في السلسلة الصحيحة برقم (2915) ج6 ص 992.

(45) محمد بن أبي بكر بن أيوب ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1411هـ/1991م)، ج1، ص289، ط1، بتصرف يسير.

(46) محمد علي القري، أحكام ضمان الصكوك وعوائدها، ندوة الصكوك عرض وتقويم، مصدر سابق، ص246.

(47) رواه البخاري في كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، حديث رقم (456)، ج1، ص98، ومسلم في كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، حديث رقم (1504)، ج2، ص1141.

(48) يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، الاستذكار، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1421هـ/ 2000م)، ط1، ج5، ص444.

(49) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج29، ص136.

(50) إسحاق بن منصور بن بهرام المروزي، المعروف بالكوسج، مسائل الإمام أحمد وإسحاق، (المدينة المنورة: عمادة البحث العلمي، 1425هـ - 2002م)، ط1،ج6، ص2664 .

(51) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج4، ص76.

(52) ابن عبد البر، الاستذكار، ج6 ، ص293.

(53). فهو "صدوق مشهور بالتدليس عن الضعفاء والمجهولين وعن شر منهم وصفه بذلك أحمد والدارقطني وغيرهما"، ينظر: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تعريف أهل التقديس بمراتب الموصوفين بالتدليس، تحقيق: عاصم بن عبدالله القريوتي، (عمان : مكتبة المنار، 1403هـ/ 1983م)، ط1، ص51، صلاح الدين أبو سعيد خليل بن كيكلدي بن عبد الله الدمشقي العلائي، جامع التحصيل في أحكام المراسيل، تحقيق : حمدي عبد المجيد السلفي، (بيروت: عالم الكتب، 1986/1407م)، ط2، ص109

(54) قال ابن حبان في بيان ذلك: "المدلس ما لم يبين سماع خبره عمن كتب عنه لا يجوز الاحتجاج بذلك الخبر؛ لأنه لا يدري لعله سمعه من إنسان ضعيف يبطل الخبر بذكره إذا وقف عليه وعرف الخبر به؛ فما لم يقل المدلس في خبره وإن كان ثقة سمعت أو حدثني فلا يجوز الاحتجاج بخبره"، محمد بن حبان بن أحمد بن حبان، أبو حاتم البُستي، الثقات، (حيدر آباد : دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد، 1393هـ/1973م)، ط1، ج1، ص12.

(55) رواه عبد الرزاق في المصنف في كتاب البيوع، باب الشرط في البيع، برقم (14291)، ج8، ص56، قال: أَخْبَرَنَا مَعْمَرٌ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُتْبَةَ قَالَ: أَرَادَ ابْنُ مَسْعُودٍ ... الحديث، وإسناده صحيح.

(56) رواه مالك في كتاب البيوع، باب ما يفعل في الوليدة، إذا بيعت. والشرط فيها، برقم (2280)، ج4، ص890، وصححه النووي،

ينظر: يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، (السعودية: مكتبة الإرشاد، د.ت)، د.ط، ج9، ص368.

[57] ابن عبد البر، الاستذكار، ج6 ، ص294.

[58] ابن عبد البر، الاستذكار، ج6 ، ص293.

[59] محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد، بدر الدين العيني، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، (قطر : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، 1429 هـ-2008م)، ط1،ج12، ص42.

[60] النووي، المجموع، مصدر سابق، ج9، ص367، يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، تحقيق : قاسم محمد النوري (جدة: دار المنهاج، 1421هـ/2000م)، ط1، ج5، ص135.

[61] العيني، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، ج12، ص43.

[62] رواه ابن أبي شيبة في المصنف، في كتاب البيوع والأقضية، باب الرجل يشتري الجارية على ألا يبيع ولا يهب، برقم (21748)، ج4، ص425.

[63] ابن قدامة، المغني، ج4، ص76.

[64] الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج4، ص210.

[65] العيني، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، مصدر سابق، ج12، ص42. ابن عبد البر، الاستذكار، ج6، ص294، العمراني، البيان في مذهب الشافعي، ج5، ص135، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، الشهير بابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1414 هـ/ 1994م)، ط1، ج2، ص24.

[66] محمد علي القري، أحكام ضمان الصكوك وعوائدها، ندوة الصكوك عرض وتقويم، مصدر سابق، ص242، 249، 254.

[67] محمد علي القري، أحكام ضمان الصكوك وعوائدها، ندوة الصكوك عرض وتقويم، مصدر سابق، ص249.

[68] رواه البخاري في كتاب الصلاة، باب ذكر البيع والشراء على المنبر في المسجد، حديث رقم (456)، ج1، ص98، ومسلم في كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق، حديث رقم (1504)، ج2، ص1141.

[69] السرخسي، المبسوط، ج11، ص157، ج15، ص84، 161.

[70] الماوردي، الحاوي، مصدر سابق، ج7، ص45.

[71] ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج5، ص49، الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج3، ص521.

[72] ينظر: القرار رقم 30، (5/4).

[73] نقل ذلك الدكتور عبد العظيم عن بعض الاجتهادات الفردية، ينظر: عبد العظيم أبو زيد، نحو صكوك إسلامية حقيقية: حقيقة الصكوك، وضوابطها وقضاياها الشرعية، مجلة إسلامية المعرفة، (المعهد العالمي للفكر الإسلامي، جامعة بيروت العالمية، العدد 62، 2010م)، ص128.

[74] منذر قحف، مقابلة معه في فبراير 2015 .

[75] عبد العظيم أبو زيد، نحو صكوك إسلامية حقيقية، ص129.

[76] المصدر السابق.

[77] مثل عدم جواز تعهد مدير الصكوك بالشراء بقيمة اسمية أو سعر محدد سلفا: عدم تعهد أحد حملة الصكوك بشراء حصة بعض الأطراف الآخرين بقيمتها الاسمية أو بسعر متفق عليه من البداية، "لما في ذلك من ضمان الشريك حصة شريكه -وهو ممنوع شرعا- بل ينبغي أن يتم تحديد ثمن بيع الحصة بالقيمة السوقية يوم البيع، أو بما يتم الاتفاق عليه عند البيع". ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 136 (15/2)، بشأن المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية.

[78] نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية والمالية في لغة الفقهاء، ص281.

[79] منها ما يأتي:

قرار مجمع الفقه الإسلامي القرار رقم 188 (20/3): " لا يجوز للمضارب أو الشريك أو الوكيل أن يتعهد بأي مما يأتي: (أ)

شراء الصكوك أو أصول الصكوك بقيمتها الاسمية أو بقيمة محددة سلفاً بما يؤدي إلى ضمان رأس المال أو إلى نقد حال بنقد مؤجل أكثر منه . ويستثنى من ذلك حالات التعدي والتفريط التي تستوجب ضمان حقوق حملة الصكوك".

1. وجاء في المعيار الشرعي الخاص بصكوك الاستثمار: "في الصكوك القابلة للتداول يجوز أن يتعهد مصدر الصك في نشرة إصدار الصكوك، بشراء ما يعرض عليه من هذه الصكوك، بعد إتمام عملية الإصدار، بسعر السوق، ولكن لا يجوز أن يكون وعد الشراء بالقيمة الاسمية للصك". ينظر: مجموعة من الباحثين، كتاب المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، ص224.

2. وأجازت ندوة البركة العاشرة: "منح حامل السهم الجديد حق الاسترداد بالقيمة السوقية، سواء تم الاسترداد كليا أو جزئيا على مراحل بالقيمة السوقية لكل جزء عند الاسترداد، لأن ذلك لا يؤدي إلى ضمان رأس المال "، ومعلوم أن الصك في ذلك مثل السهم، ينظر: مجموعة من الباحثين، قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، ص180.

(80) جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: 30 (4/3) الخاص بشأن سندات المقارضة: "ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين وعلى أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة ، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه".

(81) ورد في معيار الضمانات: "يجوز تعهد طرف ثالث غير المضارب أو وكيل الاستثمار وغير أحد الشركاء بالتبرع للتعويض عن الخسارة دون ربط بين هذا التعهد وبين عقد التمويل بالمضاربة، أو عقد الوكالة بالاستثمار". ينظر: مجموعة من الباحثين، المعايير الشرعية، مصدر سابق، ص52.

(82) جاء في معيار سوق دبي المالي، ص18: " يجوز لمصدر الصكوك إذا كان مديرا لها، التعهد بشراء حصة حملة الصكوك في المشروع، وذلك بالثمن الذي يتراضى عليه الطرفان عند تنفيذ البيع، أو بالقيمة السوقية، أو العادلة، أو صافي القيمة دون القيمة الاسمية. أما إذا لم يكن المتعهد مديرا للصكوك، فإن له أن يتعهد بالشراء بالقيمة الاسمية".

(83) جاء في قرارها: "يجوز في عقود المشاركة أن يتبرع طرف ثالث غير الشريكين بالالتزام بحماية الشريك من مخاطر التذبذب في سعر الصرف، على ألا ينتفع المتبرع من ذلك الضمان؛ كأخذ عوض أو ضمانات متبادلة. ولا يجوز أن يلتزم أحد الشريكين بحماية الآخر"، ينظر: مجموعة من الفقهاء المعاصرين، الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، (الرياض: الميمان، 1434هـ/2013م)، ط1، ص76.

(84) محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، (دمشق: دار القلم، 1424هـ/2003م)، ط2، ص231.

(85) ينظر: رأي كل من فضيلة الدكتور الضرير وفضيلة الدكتور الدبو في البيان الختامي للدورة الرابعة في مجلة مجمع الفقه الإسلامي وما دار فيه من مناقشات، ع4، ج3، ص2141-2142، ص2154.

(86) أحمد محي الدين أحمد، تعليق على بحث سندات القراض وضمان الفريق الثالث وتطبيقاتهما للدكتور منذر قحف، (جدة: جامعة الملك عبد العزيز، مجلة الاقتصاد الإسلامي، 1411هـ/1991م)، ج3، ص71.

(87) قال المرغيناني: "والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله، لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب، لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون، ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة"، ينظر: علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، تحقيق : طلال يوسف، (بيروت : دار إحياء التراث العربي، د.ت)، د.ط، ج3، ص92 .

وقال الصاوي: " وأما إن دفع رب المال للعامل واشترط عليه أن يأتيه بضامن يضمنه فيما يتعلق بتعديه فلا يفسد بذلك؛ لأن هذا الشرط جائز، وأما إن شرط عليه أن يأتيه بضامن يضمنه مطلقا، تعدى في التلف أم لا فسد القراض"، ينظر: أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير للشيخ الدردير، (الرياض : دار المعارف، د.ت)، د.ط، ج3، ص607-608.

وجاء في كنز الراغبين: "إذا ضمن عينا لمالكها أن يردها ممن هي في يده مضمونة عليه كالمغصوبة والمستعارة والمستامة ففيه الطريقان ... أما إذا

لم تكن العين مضمونة على من هي في يده كالوديعة والمال في يد الشريك والوكيل والوصي فلا يصح ضمانها قطعا؛ لأن الواجب فيها التخلية دون الرد"، ينظر: جلال الدين محمد بن أحمد المحلي، كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين مع حاشيتي قليوبي وعميرة، أحمد سلامة القليوبي، وأحمد البرلسي عميرة، (بيروت: دار الفكر، 1415هـ/1995م)، د.ط، ج2، ص411.

وقال ابن قدامة في الكافي: " ولا يصح ضمان الأمانات كالوديعة ونحوها؛ لأنها غير مضمونة على من هي في يده، فكذلك على ضامنه"، ينظر: ابن قدامة، الكافي، ج2، ص131.

(88) محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ص231.

(89) محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، موسوعة القواعد الفقهية، (بيروت : مؤسسة الرسالة، 1424 هـ-2003م)، ط1، ج2/1، ص265.

(90) المصدر السابق.

(91)محمد علي القري، أحكام ضمان الصكوك وعوائدها، ندوة الصكوك عرض وتقويم، ص255.

(92) أحمد محي الدين أحمد، تعليق على بحث سندات القراض وضمان الفريق الثالث، للدكتور منذر قحف، ج3، ص71.

(93) المصدر السابق.

(94) عويضة، عدنان عبد الله محمد، نظرية المخاطرة في الاقتصاد الإسلامي: دراسة تأصيلية تطبيقية، (فرجينيا: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 1431هـ/2010م)، ط1، ص216.

(95) ولهذا غير مقبول ما قدمه الدكتور القري تحت عنوان : "صيغة تطبيقية قريبة إلى ما ورد في قرار المجمع" ويقول فيها: "قامت إحدى الشركات بإصدار صكوك تمثل ملكية سيارات مؤجرة، وتمثل الأجرة المحصلة من المستأجرين الدخل الدوري لحملة الصكوك، وفي نهاية عقود الإجارة يقوم المستأجرون بإرجاع السيارات فتباع تلك السيارات ويدفع ثمنها لحملة الصكوك، ويمثل العنصر الأخير من هيكل الإصدار مخاطر بالنسبة لحملة الصكوك بسبب تدهور قيمة السيارات في نهاية المدة، لذلك اتفق المصدر مع أحد البنوك، بحيث يضمن ذلك البنك قيمة معينة للسيارات في نهاية المدة، وهو ضمان صادر من ذلك البنك مقابل أجرة ، وجلي أن هذا ليس على سبيل الكفالة، وإنما هو التزام من قبل البنك أن يسدد لحملة الصكوك الفرق بين المبلغ المتوقع كثمن السيارات وما يتحقق فعلا من البيع"، ينظر: محمد علي القري، أحكام ضمان الصكوك وعوائدها، ندوة الصكوك عرض وتقويم، ص256.

ولا يخفى أن هذه الصورة بعيدة تمام البعد عن قرار المجمع ، لأن قرار المجمع اشترط تبرع الطرف الثالث بالضمان، والصورة التي قدمها الدكتور القري فيها أن الضمان بأجر، فهي على ضدها، ثم هذا الطرف الثالث في الحقيقة ليس طرفا ثالثا لأنه تابع لأحد طرفي العقد وهو من يدفع له الأجرة، فكيف يقال بعد ذلك كله إنها قريبة منها؟!!.

(96) حامد حسن ميرة، ملكية حملة الصكوك وضماناتها، ص93.

(97)في معيار صكوك الاستثمار فيما يتعلق بصكوك الأعيان المؤجرة: "يجوز استرداد صكوك ملكية الموجودات المؤجرة من مصدرها قبل أجلها بسعر السوق، أو بالسعر الذي يتراضى عليه حامل الصك ومصدره حين الاسترداد ... يجوز للمصدر أن يسترد صكوك ملكية منافع الأعيان (الموجودات) المعينة من حاملها بعد التخصيص ودفع ثمن الاكتتاب سواء كان بسعر السوق أم بالثمن الذي يتراضى عليه العاقدان حين الاسترداد، على أن لا يكون مبلغ الاكتتاب أو مبلغ الاسترداد مؤجلا"، وهذا القيد الأخير بمنع التأجيل في مبلغ الاكتتاب أو ثمن الاسترداد لمنع عقود العينة وبيع الدين بالدين. ينظر: مجموعة من الباحثين، المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، ص224.

(98) علي بن عبد الكافي السبكي، تكملة المجموع شرح المهذب، ج10، ص157.

(99) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج28، ص74.

(100) ابن الأثير، جامع الأصول، ج11، ص765.

(101) أحمد بن محمد بن علي الأنصاري، المعروف بابن الرفعة، كفاية النبيه في شرح التنبيه، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 2009م)، ج9، ص264.

(102) انظر: علي بن عبد الكافي السبكي، تكملة المجموع شرح المهذب، ج10، ص157.

(103) أحمد بن محمد مكي الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1405هـ/1985م)، ط1،ج1، ص307، مجموعة من علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، مجلة الأحكام العدلية، تحقيق: نجيب هواويني، (كراتشي: : نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، د.ت)، د.ط، (المادة 43)، ص21، أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، (دمشق: دار القلم، ط2، 1409هـ/1989م)، ص72، محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، (بيروت: مؤسسة الرسالة، 1416 هـ-1996م)، ط4، ص306.

(104) جاء في المعيار الشرعي للاستصناع: " لا يجوز أن تتم عقود أو إجراءات الاستصناع بصورة تجعل العملية حيلة على التمويل الربوي، مثل التواطؤ على شراء المؤسسة من الصانع مصنوعات أو معدات بثمن حال وبيعها إليه بثمن مؤجل أزيد، أو أن يكون طالب الاستصناع هو نفسه الصانع، أو أن يكون الصانع جهة مملوكة للمستصنع بنسبة الثلث فأكثر، حتى لو تم ذلك عن طريق المناقصة، وذلك تجنباً لبيوع العينة"، ينظر: مجموعة من الباحثين، المعايير الشرعية، ص146.

(105) ينظر: ابن القيم، تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته مطبوع مع عون المعبود شرح سنن أبي داود، محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، لأبي عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي، (بيروت : دار الكتب العلمية، 1415هـ)، ط2، ج9، ص283، حيث بيّن أن المقصود بـ: بيع المسلم فيه إلى المسلم إليه بيعه بقيمته يوم الاعتياض عنه.

(106) قال القاضي عبد الوهاب البغدادي في شرح ذلك: "وإنما قلنا ذلك لأنه لا تهمة في أن بيعه بمثل الثمن أو أقل منه لأنه يزن -يدفع- درهمًا ويأخذه بعد مدة لأن ذلك الدرهم لا زيادة عليه أو دونه وكأنه أقاله أو ندم فباعه بنقصان، وإذا باعه بالزيادة أتهم أن يكون أقرضه دراهم بأكثر منها إلى أجل وتسمية القرض الذي سمياه لغوًا لم يتحصل وذلك ذريعة إلى الربا " ينظر: محمد بن عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة، تحقيق: عبد الحق حميش، (مكة المكرمة: المكتبة التجارية، د.ت)، د.ط، ص1002، وينظر كذلك: محمد بن أحمد بن محمد ابن جزي، القوانين الفقهية، (بيروت: دار القلم، 1997م)، د.ط، ص178.

(107) المرداوي، الإنصاف، مصدر سابق، ج5، ص108.

(108) رواه ابن حزم في المحلى ج7، ص485، بسنده من طريق سعيد بن منصور، أنا سفيان هو ابن عيينة عن عمرو بن دينار عن طاوس عن ابن عباس به، وإسناده صحيح، ولذا قال ابن المنذر: " ثبت أن ابن عباس قال: إذا أسلفت في شيء إلى أجل ..."، وصحح الشيخ: صالح بن عبد العزيز إسناده على شرط الشيخين، ينظر: ابن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، ج6، ص114، صالح بن عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم آل الشيخ، التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل، (الرياض: دار العاصمة للنشر والتوزيع، 1417 هـ/ 1996م)، ط1، ص80.

(109) لأن المسلم فيه قبل قبضه من المسلم مضمون على البائع.

(110) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج29، ص510، ابن القيم، تهذيب سنن أبي داود، ج9، ص256.

(111) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مصدر سابق، ج29، ص516.

(112) مجموعة من علماء نجد، الدرر السنية في الأجوبة النجدية، (الرياض: دار القاسم، 1417هـ/1996م)، ط6، ج6، ص181.

(113) الماوردي، الحاوي، ج5، ص235.

(114) علي القره داغي، بحوث فقهية واقتصادية في قضايا البنوك الإسلامية، ص231.

(115) قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن سندات المقارضة، رقم: 30 (4/3).

(116) مجموعة من الفقهاء المعاصرين، الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، ص76.

(117) أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، (القاهرة: دار الفكر، 1399هـ/1979م)، (د.ط)، ج4، ص503.

(118) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، تحقيق: : يوسف الشيخ محمد، (بيروت: المكتبة العصرية، 1420هـ/1999م)، ط5، مادة (ف س خ)، ص239، أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، (بيروت: المكتبة العلمية، د.ت)، د.ط، مادة (فسخ)، ج2، ص472.

(119) محمد عميم الإحسان البركتي، التعريفات الفقهية، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1424هـ/ 2003م)، ط1، ص164، نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية والمالية في لغة الفقهاء، ص353.

(120) للتوسع: دُبْيَان بن محمد الدُّبْيَان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، (الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية، 1432هـ)، ط2،ج7، ص271، وما بعدها، مجموعة من الباحثين الموسوعة الفقهية الكويتية، ج32، ص132وما بعدها.

(121) التفريق بين العقد الباطل والعقد الفاسد هو مذهب الحنفية خلافا للجمهور، وقد يطلقون على الباطل فاسد أيضا، ينظر: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق مع حاشية منحة الخالق لابن عابدين، وتكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطوري الحنفي، (القاهرة: دار الكتاب الإسلامي، د.ت)، ط2،ج6، ص75.

والجمهور أيضا يستعملون مصطلح الفسخ فيما يخص العقد الباطل، ينظر مثلا: "فتح العلي المالك"، حيث جاء فيه: في رجل تزوج أخته من الرضاع وهو لا يعلم فقال عليش : "هذا العقد باطل إجماعًا ... فيجب فسخه"، ينظر: محمد بن أحمد بن محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، (بيروت : دار المعرفة، د.ت)، د.ط، ج2، ص90، وينظر أيضا: ج1، ص414.

(122) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ط، د.ت)، ص88.

(123) قال السرخسي: "والأصل أن الزيادة نوعان: متصلة: ومنفصلة والمتصلة نوعان: زيادة غير متولدة من العين كالصبغ في الثوب والسمن والعسل في السويق وهي تمنع الرد بالعيب بالاتفاق لمراعاة حق المشتري في مالية الزيادة والزيادة المتصلة التي هي متولدة من الأصل كالسمن وانجلاء البياض من العين وثياب للبس لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ... أما الزيادة المنفصلة فهي نوعان: عين غير متولدة من الأصل كالكسب والغلة فلا تمنع الرد بالعيب ولكن الزيادة تُسلّم للمشتري به ورد الأثر عن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – أنه قال الخراج بالضمان ... وأما الزيادة المنفصلة التي هي متولدة من الأصل كاللبن والثمار والولد، العقد إذا وطئت الجارية بالشبهة والأرش إذا جنى عليها بعدما قبضها المشتري فهو يمنع رد الأصل بالعيب عندنا"، ينظر: السرخسي، المبسوط، ج13، ص104. فتحصل من كلام السرخسي أن الزيادة تمنع الفسخ في حالتين: إذا كانت متصلة غير متولدة من الأصل كصبغ الثوب ونحوه، وإذا كانت منفصلة متولدة من الأصل كالولد. وينظر للمزيد حول مذهب الحنفية: برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مَازَةَ، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، (بيروت : دار الكتب العلمية، 1424 هـ/ 2004م)، ط1، ج6، ص553، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي الشهير بـ: ابن الهمام، فتح القدير، (القاهرة : دار الفكر، د.ت)، د.ط، ج6، ص368.

(124) ابن نجيم، البحر الرائق، ج6، ص57.

(125) المصدر السابق.

(126) قال ابن رشد الجد: " وأما الزيادة في عين المبيع لنماء حادث فيه، كالدابة تسمن أو الصغير يكبر، أو بشيء من جنسه مضاف إليه كالولد يحدث للمبيع، فاختلف أصحابنا في ذلك: فلهم في الدابة تسمن والولد يحدث قولان:

(أحدهما) أن ذلك ليس بفوت، وهو مخير بين أن يرد الدابة بحالها، أو يردها بولدها إن حدث لها ولد، أو يمسك ولا شيء له.

(والثاني) أن ذلك فوت، وهو مخير بين أن يرد الدابة بحالها أو يردها بولدها إن حدث لها ولد، وبين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب.

وأما الزيادة المضافة إلى المبيع من غير جنسه، فذلك مثل أن يشتري العبد ولا مال له فيفيد عنده مالا بهبة أو صدقة أو كسب من تجارة ما لم يكن ذلك من خراجه، أو يشتري النخلة ولا ثمرة فيها، فتثمر عنده ثم يجد عيبا، فإن هذا لا اختلاف فيه أن ذلك لا يوجب له خيارا ويكون مخيرا بين أن يرد العبد وماله والنخل بثمرتها ما لم تطب ويرجع بالسقي والعلاج، على مذهب ابن القاسم، أو يمسك ولا شيء له في الوجهين جميعا.

وأما الزيادة بما أحدثه المشتري في المبيع من صنعة مضافة إليه كالصبغ والخياطة والكمد، وما أشبهه مما لا ينفصل عنه إلا بفساد فلا اختلاف أن ذلك يوجب له الخيار بين أن يمسك ويرجع بقيمة العيب، أو يردّ ويكون شريكاً بما زاد؛ لأنه أخرج ماله فيه فلا يذهب هدراً"، ينظر: محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ/1988م)، ط1، ج2، ص103، محمد بن أحمد بن محمد العثماني المكناسي، شفاء الغليل في حل مقفل خليل، (القاهرة : مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، 1429 هـ/

2008م)، ط1، ج2، ص672.

[127] قال الشيرازي: " وإن زاد البدل في يده نظرت فإن كانت الزيادة متصلة كالسمن وجب الرد مع الزيادة لأن الزيادة المتصلة تتبع الأصل في الفسخ بالعيب وهذا فسخ وإن كانت زيادة منفصلة كالولد واللبن لم ترد الزيادة كما لا ترد في الفسخ بالعيب"، ينظر: أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت)، د.ط، ج2، ص199.

[128] قال الزركشي: "المبيع إذا زاد وأراد المشتري رده بعيب وجده، فهل يلزمه رد الزيادة؟ لا يخلو إما أن تكون متصلة كالسمن وتعلم صنعة، أو منفصلة كالولد والكسب، فإن كانت متصلة فلا يتصور مع الرد إلا ردها، لكن هل يكون له قيمتها لحدوثها على ملكه، وتعذر فصلها، أو لا قيمة لها، لئلا يلزم البائع معاوضة لم يلتزمها، وهو قول عامة الأصحاب؟ على قولين ... إن كانت الزيادة منفصلة فلا يخلو إما أن تكون حدثت من عين المبيع، كالولد والثمرة، أو لم تكن، كالأجرة والهبة، ونحو ذلك، (فالثاني) فيما نعلمه لا نزاع أن للمشتري إمساكه، ورد المبيع دونه ... أما (الأول) – وهو ما إذا كانت الزيادة من عين المبيع –، فالمنصوص، والمعمول عليه عند الأصحاب – حتى إن أبا محمد في المغني جزم به – أن الحكم كذلك، الزيادة للمشتري فيرد المبيع دونها"، ينظر: محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، (الرياض : دار العبيكان، 1413هـ/1993م)، ط1، ج3، ص575-576.

[129] محمود بن أحمد بن موسى، بدر الدين العينى، البناية شرح الهداية، (بيروت : دار الكتب العلمية، 1420 هـ /2000م)، ط1، ج8، ص112.

[130] برهان الدين محمود بن أحمد، المحيط البرهاني في الفقه النعماني، ج6، ص553.

[131] السرخسي، المبسوط، ج13.

[132] عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده, أو داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، (بيروت : دار إحياء التراث العربي، د.ت)، د.ط، ج2، ص45.

[133] الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي القرشي المكي، الرسالة، (القاهرة : مكتبه الحلبي، 1358هـ/1940م)، ط1،ص555.

[134] رواه أبو داود في كتاب الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً، حديث رقم (3508 و 3509 و3510)، ج3، ص248، وصححه ابن القطان في الوهم والإيهام، ينظر: علي بن محمد بن عبد الملك الفاسي، أبو الحسن ابن القطان، بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، (الرياض: دار طيبة، 1418هـ/1997م)، ج5، ص212.

[135] المصدر السابق، ج3، ص574-575.

[136] الشافعي، الرسالة، ص555.

[137] التصرية عبارة عن ربط أخلاف الناقة أو الشاة وترك حلبها اليومين أو الثلاثة حتى يجتمع لها لبن فيراه مشتريها كثيرا فيزيد في ثمنها ثم إذا حلبها الحلبة أو الحلبتين عرف أن ذلك ليس بلبنها. ينظر: محمد بن علي بن عمر التَّمِيمي المازري، شرح التلقين، (لبنان: دار الغرب الإسلامي، ط1، 2008م)، ط1، ج2، ص989.

[138] رواه البخاري في كتاب البيوع، باب نهي البائع ألا يحفل الإبل والبقر، حديث رقم (2148)، ج3، ص70، ورواه مسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، حديث رقم (1515)، ج3، ص1154.

[139] ابن القيم، إعلام الموقعين، ج2، ص16 .

[140] الشافعي، الرسالة، ص555.

[141] ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج4، ص538.

[142] محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي، المحصول في أصول الفقه، (عمان: دار البيارق، 1420هـ/ 1999م)، ط1، ص97-98.

[143] ابن رشد، المقدمات والممهدات، ج2، ص103.

[144] البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص44.

[145] جاء في شرح التلقين: " العيب الذي ينقص من الثمن مما له مقدار وبال، ولكنَّه لا يبطل الغرض المقصود من المبيع، فإنَّ مذهب مالك رضي الله عنه أنَّ المشتري بالخيار بين أن يرد المبيع وقيمة العيب الحادث عنده، أو يتمسَّك ويأخذ قيمة العيب الذي كان عند البائع"، ينظر:

المازري، شرح التلقين، ج2، ص620.

[146] قال الزركشي: " وإذا تعيب المبيع عنده، فهل يمنعه ذلك من الرد إذا اطلع على عيب؟ فيه روايتان مشهورتان، (أشهرهما) عن الإمام ... وعليها الأصحاب -: أن ذلك لا يمنع الرد، لما تقدم من حديث المُصَرَّاةُ "، ينظر: الزركشي، شرح مختصر الخرقي، ج3، ص580، 582.

[147] جاء في بداية المجتهد: "وعند مالك أنه إذا صح أنه دلس بالعيب وجب عليه الرد من غير أن يدفع إليه المشتري قيمة العيب الذي حدث عنده، فإن مات من ذلك العيب كان ضمانه على البائع بخلاف الذي لم يثبت أنه دلس فيه"، ينظر: محمد بن أحمد بن محمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (القاهرة : دار الحديث، 1425هـ/ 2004م)، د.ط، ج3، ص198.

[148] الزركشي، شرح مختصر الخرقي، ج3، ص583.

[149] المصدر السابق، ص580.

[150] قال في العناية: "إذا حدث عند المشتري عيب بآفة سماوية أو غيرها ثم اطلع على عيب كان عند البائع فله أن يرجع بنقصان العيب ... ولا يرد المبيع لأن في الرد إضرارا بالبائع ... إلا أن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه الحادث لأنه رضي بالضرر، والرضا إسقاط لحقه كما أن للمشتري أن يرضى أن يأخذه بعيبه القديم"، ينظر: البابرتي، العناية شرح الهداية، ج6، ص365.

[151] قال الرافعي: " إذا حدث بالمبيع عيب في يد المشتري بجناية أو آفة ثم اطلع على عيب قديم فلا يمكن الرد قهرا لما فيه من الإضرار بالبائع ولا تكليف المشتري القناعة به لما فيه من الإضرار به ولكن يعلم المشتري البائع بالحال فان رضي به معيبا قيل للمشتري إما أن ترده وأما أن تقنع به معيبا ولا شيء، وان لم يرض فلا بد من أن يضم المشتري أرش العيب الحادث إلى المبيع ليرده أو أن يغرم البائع للمشترى أرش العيب القديم ليمسكه رعاية للجانبين"، ينظر: الرافعي، فتح العزيز شرح الوجيز، ج8، ص350.

[152] قال الزركشي: " (والثانية) ... يمنع ذلك الرد، إذ الرد كان لإزالة الضرر عنه، ومع وجود العيب يلحق الضرر بالبائع، والضرر لا يزال بالضرر"، ينظر: الزركشي، شرح مختصر الخرقي، ج3، ص581.

[153] تنظر النقول السابقة عن الحنفية والحنابلة.

[154] الزركشي، شرح مختصر الخرقي، ج3، ص584.

[155] ابن رشد، بداية المجتهد، ج3، ص198، وينظر: الزركشي، شرح مختصر الخرقي، ج3، ص581.

[156] ولهذا لا يذكرون من أسباب الفسخ الامتناع عن التنفيذ، ينظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، (دمشق: دار القلم، 1425هـ/2004م)، ط2،ج2، ص599، نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية والمالية، ص353.

[157] كما في المادة (157) فقرة (1) من القانون المدني المصري: " في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى".

[158] الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص599.

[159] المصدر السابق.

[160] رواه ابن ماجة في كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، حديث رقم (2340)، ج2، ص784، وحسن النووي في المجموع إسناده، ينظر: النووي، المجموع، ج8، ص258.

[161] الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص600.

[162] جاء في البدائع: " الإجارة تنفسخ بالعذر وإن وقعت لازمة"، ينظر: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (بيروت: دار الكتب العلمية، ط2، 1406هـ/1986م)، ج4، ص199، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (بيروت: دار الفكر، 1412هـ - 1992م)، ط2، ج6، ص82،.

[163] الموصلي، الاختيار، ج2، ص62.

[164] جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: حميد بن محمد لحمر، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1423هـ/2003م)، ج2، ط1،ص794، الشيرازي، المهذب، ج2، ص124.

[165] عمار عودة، إخفاق (إعسار) بعض إصدارات الصكوك: الأسباب والآثار، عرض وتقويم، ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقويم،

ص357.

[166] في الدراسة التي أجراها كل من الدكتور سعيد بو هراوة و الدكتور أشرف دسوقي في سنة 2009م تبين أن الصكوك التي تقوم على بيع حقيقي لم تتجاوز 11 إصدارا مقابل 560 إصدار، أي ما يقرب من 2% فقط، ينظر: سعيد بو هراوة، أشرف دسوقي، تقويم نقدي للقضايا الشرعية المتعلقة بملكية الصكوك القائمة على الأصول، ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقوم، ص119.

[167] وقد بيّن الأستاذ عمار عودة مدى الحاجة إلى تأصيل ذلك ودعا إليه، ينظر: عمار عودة، إخفاق (إعسار) بعض إصدارات الصكوك: الأسباب والآثار، ندوة الصكوك عرض وتقويم، ص364.

[168] محمد بن أحمد بن الأزهري الهروي، الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي، (القاهرة: دار الطلائع، د.ت)، د.ط، ص151.

[169] ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة (فلس)، ج4، ص451 .

[170] العمراني، البيان في مذهب الشافعي، ج6، ص131.

[171] لجنة مكونة من عدة علماء، مجلة الأحكام العدلية، المادة (999)، ص192.

[172] طريقة ذلك: أن ينظر نسبة ماله إلى جميع ما عليه من دين ثم يعطى كل واحد من الغرماء بتلك النسبة فإذا كان ماله– مثلا – عشرة ملايين والديون عشرون مليون فيعطى كل واحد منهم نصف دينه، ينظر: ابن جزي، القوانين الفقهية، ص210.

[173] قال المواق: " قال مالك: إذا قام رجل واحد بالمديان فله تفليسه كقيام الجماعة ويبيع الإمام ما ظهر له من ماله فيوزعه بين غرمائه بالحصص"، ينظر: محمد بن يوسف بن أبي القاسم العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق، التاج والإكليل لمختصر خليل، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1416هـ-1994م)، ط1،ج6، ص597.

[174] قال ابن النقيب: "إن لم يف ماله بدينه وسأل هو أو وكيله أو غرماؤه الحاكم الحجر حجر عليه، فإذا حجر لم ينفذ تصرفه في المال، وينفق عليه وعلى عياله منه إن لم يكن له كسب، ثم يبيعه الحاكم ويحتاط، ويقسمه على قدر ديونهم"، ينظر شهاب الدين أبو العباس أحمد بن النقيب المصري، عمدة السالك وعدة الناسك، (قطر: وزارة الأوقاف والشؤن الدينية، 1982م)، ط1، ص162.

[175] قال ابن بلبان: "ومن ماله لا يفي بما عليه حالا وجب الحجر عليه بطلب بعض غرمائه، ومن سلمه عين مال جاهل الحجر أخذها إن كانت بحالها وعوضها كله باق ولم يتعلق بها حق للغير ويبيع حاكم ماله ويقسمه على غرمائه"، ينظر: محمّد بن بدر الدين ابن بلبان الحنبلي، أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، (بيروت: دار البشائر الإسلامية، 1416هـ)، ط1، ص179.

[176] جاء في بداية المبتدي : " وقالا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار حتى لا يضر بالغرماء وباع ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما"، ينظر: المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، ص202.

[177] كما في المادة رقم (999):" المدين المفلس أي الذي دينه مساو لماله أو أزيد إذا خاف غرماؤه ضياع ماله بالتجارة أو أن يخفيه أو يجعله باسم غيره وراجعوا الحاكم على حجره عن التصرف في ماله أو إقراره بدين الآخر حجره الحاكم وباع أمواله وقسمها بين الغرماء".

[178] قال الموصلي: "فإن كان ماله دراهم أو دنانير والدين مثله قضاه القاضي بغير أمره، لأن رب الدين له أخذه بغير أمره، فالقاضي يعينه عليه، وإن كان أحدهما دراهم والآخر دنانير أو بالعكس باعه القاضي في الدين ... ولا يبيع العروض ولا العقار"، ينظر: الموصلي، الاختيار، ج2، ص98.

[179] العمراني، البيان في مذهب الشافعي، ج6، ص134-135، ابن رشد، بداية المجتهد، ج4، ص67.

[180] رواه مسلم في كتاب المساقاة، باب استحباب الوضع من الدين، حديث رقم (1556)، ج3، ص1191، والترمذي في كتاب أبواب الزكاة، باب ما جاء فيمن تحل له الصدقة، حديث رقم (655)، ج2، ص37، وأبو داود في كتاب أبواب الإجارة، باب وضع الجائحة حديث رقم (3469)، ج3، ص276.

[181] رواه الحاكم في المستدرك في كتاب البيوع باب أما حديث معمر بن راشد، حديث رقم (2348)، ج2، ص67 وقال: صحيح على شرط الشيخين، ورواه الدارقطني في سننه في كتاب الأقضية والأحكام وغير ذلك، باب المرأة تقتل إذا ارتدت، حديث رقم (4551)، ج5، ص413، وصححه ابن الملقن، ينظر: عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، الشهير بـ ابن الملقن، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، (دمشق: دار النوادر، ط1، 1429 هـ، 2008م)، ج15، ص438.

(182) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الشهير بالقرافي، الذخيرة، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994م)، ط1، ج8، ص157، الماوردي، الحاوي الكبير، ج6، ص264.

(183) رواه مالك في الموطأ في كتاب الوصية، باب جامع القضاء وكراهته، برقم (2846)، ج4، ص1118، بسند منقطع كما في تلخيص الحبير، ورواه الدارقطني متصلا في العلل (ط/ دار طيبة، دار ابن الجوزي، الرياض، الدمام، تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله السلفي، محمد بن صالح بن محمد الدباسي، ط1، 1427هـ)، ج2، ص147-148، ورجح -الدارقطني- المتصل، وقد نقل الحافظ ابن حجر ترجيحه للمتصل وسكت ولم يتعقبه، ينظر: أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1419هـ./1989م)، ط1،ج3، ص104 .

وقوله: (فادان معرضا): أي كان يتعرض للناس ليستدين ممن أمكنه ويشتري الدواب الجياد ليتمكن من أن يسبق الحاج، وقوله: (فأصبح وقد رين به) يقال: رين بالرجل إذا وقع الرجل فيما لا قبل له به ولا يستطيع الخروج منه، ينظر: محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، (بيروت: دار الكتب العلمية، 1417هـ/1996م)، ط1،ج1، ص130.

(184) العمراني، البيان في مذهب الشافعي، ج6، ص134.

(185) ابن رشد، بداية المجتهد، ج4، ص67.

(186) جاء في بداية المبتدي : "قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى لا أحجر في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه فإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم ولكن يحبسه أبدا حتى يبيعه في دينه"، ينظر: المرغيناني، بداية المبتدي، ص202.

(187) الموصلي، الاختيار، ج2، ص98.

(188) رواه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب العتق باب من أعتق شركا له في عبد، حديث رقم (21337)، ج10، ص467، وقال: " هذا منقطع ... وروي من وجه آخر ... وهو ضعيف".

(189) السرخسي، المبسوط، ج5، ص189.

(190) السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج5، ص189.

(191) زياد صبحي دياب، إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون، (عمان: دار النفائس، 1432هـ/2010م)، ط1، ص401.

قائمة المصادر والمراجع (مرتبة ترتيبا ألفبائيا)

ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان (1409هـ). **المصنف**. تحقيق: كمال يوسف الحوت (ط1). الرياض: مكتبة الرشد.

ابن الأثير، محمد بن محمد بن ابن عبد الكريم الجزري. (1969- 1972م). **جامع الأصول في أحاديث الرسول** (ط1) . تحقيق عبد القادر الأرنؤوط، بشير عيون. السعودية: مكتبة الحلواني، مطبعة الملاح، مكتبة دار البيان.

ابن الرفعة، أحمد بن محمد بن علي الأنصاري. (2009م). **كفاية النبيه في شرح التنبيه** (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية.

ابن العربي، محمد بن عبد الله أبو بكر. (1420هـ/ 1999م). **المحصول في أصول الفقه** (ط1). عمان: دار البيارق.

ابن القطان، علي بن محمد بن عبد الملك. (1418هـ/1997م). **بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام**. الرياض: دار طيبة.

ابن الملقن، عمر بن علي بن أحمد. (1429 هـ/2008م). **التوضيح لشرح الجامع الصحيح** (ط1). دمشق: دار النوادر.

ابن المنذر، محمد بن إبراهيم النيسابوري. (1425هـ/2004م). **الإشراف على مذاهب العلماء** (ط1). رأس الخيمة: مكتبة مكة الثقافية.

ابن النقيب، شهاب الدين أبو العباس أحمد. (1982م). **عمدة السالك وعدة الناسك** (ط1). الدوحة: وزارة الأوقاف والشؤن الدينية.

ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي. (د.ت). **فتح القدير** (د.ط). القاهرة : دار الفكر.

ابن بلبان، محمّد بن بدر الدين. (1416هـ). **أخصر المختصرات في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل**. بيروت: دار البشائر.

ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني. (1418هـ). **مجموع فتاوى شيخ الإسلام**، جمع وترتيب محمد بن عبد الرحمن بن قاسم، (ط1). الرياض: دار

القاسم.
ابن جزي، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله. (1997م). **القوانين الفقهية**. بيروت: دار القلم.
ابن حجر العسقلاني، أحمد بن علي بن محمد. (1419هـ./1989م). **التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير** (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية.
ابن حزم، أحمد بن سعيد الأندلسي. (د.ت). **مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات** (د.ط). بيروت: دار الكتب العلمية.
ابن رشد، محمد بن أحمد بن أحمد. (1408هـ/1988م). **المقدمات الممهدات** (ط1). بيروت: دار الغرب الإسلامي.
ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد. (1425هـ/ 2004م). **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** (د.ط). القاهرة : دار الحديث.
ابن شاس، جلال الدين عبد الله بن نجم. (1423هـ/2003م). **عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة** (ط1). بيروت: دار الغرب الإسلامي.
ابن عابدين، محمد أمين بن عمر. (1412هـ/1992م). **رد المحتار على الدر المختار** (ط2). بيروت: دار الفكر.
ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد. (1421هـ/2000م). **الاستذكار** (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية.
ابن فرحون، إبراهيم بن علي بن محمد. (د.ت). **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب** (د.ط). القاهرة: دار التراث للطباعة والنشر.
ابن قدامة المقدسي موفق الدين عبد الله بن أحمد. (1414 هـ/ 1994م) . **الكافي في فقه الإمام أحمد** (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية.
ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر بن أيوب. (1411هـ/1991م). **إعلام الموقعين عن رب العالمين** (ط1) .تحقيق: محمد عبد السلام . بيروت: دار الكتب العلمية.
ابن مَازَةَ،برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر. (1424هـ/ 2004م). **المحيط البرهاني في الفقه النعماني** (ط1). بيروت : دار الكتب العلمية.
ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله. (1418هـ). **المبدع شرح المقنع** (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية.
ابن منظور، جمال الدين، محمد بن مكرم بن على. (1414هـ). **لسان العرب** (ط3). بيروت: دار صادر.
ابن نجيم المصري، زين الدين بن إبراهيم بن محمد. (د.ت) **البحر الرائق شرح كنز الدقائق مع حاشية منحة الخالق لابن عابدين، وتكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن علي الطواري الحنفي** (ط2). القاهرة: دار الكتاب الإسلامي.
أبو إسحاق الشيرازي. (د.ت). **المهذب** (د.ط). بيروت: دار الكتب العلمية.
أبو البركات بن تيمية، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر. (1404هـ/1984م). **المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** (ط2). الرياض: : مكتبة المعارف.
أبو بكر البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى. (1424 هـ/ 2003 م). **السنن الكبرى** (ط3). بيروت: لبنان.
أحمد محي الدين أحمد. (1411هـ/1991م). **تعليق على بحث سندات القراض وضمان الفريق الثالث وتطبيقاتهما للدكتور منذر قحف**. جدة: مجلة جامعة الملك عبد العزيز قسم الاقتصاد الإسلامي المجلد16 العدد2.
الأسيوطي، محمد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق. (1417هـ/1996م). **جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود** (ط1) . بيروت: دار الكتب العلمية .
آل الشيخ، صالح بن عبد العزيز بن محمد بن إبراهيم. (1417هـ/ 1996م). **التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل** (ط1). الرياض: دار العاصمة للنشر والتوزيع.
آل بورنو، محمد صدقي بن أحمد. (1416 هـ/1996م). **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية** (ط4). بيروت: مؤسسة الرسالة.
آل بورنو، محمد صدقي بن أحمد. (1424 هـ/2003م) .**موسوعة القواعد الفقهية** (ط1). بيروت : مؤسسة الرسالة.
البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، الرومي. (د.ت). **العناية شرح الهداية** (د.ط). بيروت: دار الفكر.
الباجي، سليمان بن خلف. (د.ت). **المنتقى شرح الموطأ** (ط2). القاهرة: دار الكتاب الإسلامي.

الباجي، سليمان بن خلف. (د.ت). **المنتقى شرح الموطأ** (ط2). القاهرة: دار الكتاب

البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله. (1423). **الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه** (صحيح البخاري) (ط1). بيروت: دار طوق النجاة.

البركتي، محمد عميم الإحسان. (1424هـ/ 2003م). **التعريفات الفقهية** (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية.

البغدادي، محمد بن عبد الوهاب بن علي. (د.ت). **المعونة على مذهب عالم المدينة** (د.ط) . تحقيق: عبد الحق حميش. مكة المكرمة: المكتبة التجارية.

البهوتي، المنصور بن يونس بن صلاح الدين. (د.ت). **كشاف القناع عن متن الإقناع** (د.ط). بيروت: دار الكتب العلمية.

بوهراوة، سعيد محمد، ودسوقي، أشرف وجدي. (2010). **تقويم نقدي للقضايا الشرعية المتعلقة بملكية الصكوك القائمة على الأصول**. ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم. جدة: مجمع الفقه الدولي وجامعة الملك عبد العزيز والبنك الإسلامي للتنمية.

بيرحايلية بدر الدين. (8-9، سبتمبر، 2013م). **إدراج الصكوك الإسلامية في القانون الجزائري**. الجزائر: الملتقى الدولي الثاني للصناعة المالية الإسلامية المنعقد بالمدرسة العليا للتجارة تحت عنوان: آلية ترشيد الصناعة المالية.

الجورية، أسامة عبد الحليم. (2009م). **صكوك الاستثمار ودورها التنموي في الاقتصاد**، الجزائر: رسالة ماجستير في الدراسات الإسلامية، معهد الدعوة الجامعي، قسم الدراسات العليا.

حماد، نزيه كمال. (1421هـ/2001م). **قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد**. دمشق. بيروت: دار القلم، دار الشامية.

حماد، نزيه. (1429هـ /2008م). **معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء** (ط1). دمشق: دار القلم.

حمود، سامي أحمد حسن حمود. (1402هـ/1982م). **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية** (ط2). عمان: مكتبة الشرق.

الحموي، أحمد بن محمد مكي. (1405هـ/1985م). **غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر** (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية.

الدارقطني، علي بن عمر بن أحمد. (1427هـ). **العلل** (ط1) .تحقيق: محفوظ الرحمن زين الله السلفي، محمد بن صالح بن محمد الدباسي. الرياض، الدمام: دار طيبة، دار ابن الجوزي.

داماد أفندي، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده. (د.ت). **مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر** (د.ط). بيروت : دار إحياء التراث العربي.

الدُّبْيَان، دُبْيَان بن محمد. (1432هـ). **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة** (ط2). الرياض : مكتبة الملك فهد الوطنية،.

دياب، زياد صبحي. (1432هـ/2010م). **إفلاس الشركات في الفقه الإسلامي والقانون** (ط1). عمان: دار النفائس.

الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي. (1420هـ/1999م). **مختار الصحاح** (ط5). تحقيق: يوسف الشيخ محمد. بيروت: المكتبة العصرية.

الرافعي، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم. (1417هـ/ 1997م). **فتح العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير** (ط1). بيروت : دار الكتب العلمية.

الرحيباني، مصطفى بن سعد بن عبده. (1415هـ/ 1994م). **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى** (ط2). بيروت: المكتب الإسلامي.

الزبيدي، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق. (د.ت). **تاج العروس من جواهر القاموس** (د.ط). القاهرة: دار الهداية.

الزبيدي، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق. (د.ت). **تاج العروس من جواهر القاموس** (د.ط). القاهرة: دار الهداية.

الزرقا، أحمد بن محمد. (1409هـ/1989م). **شرح القواعد الفقهية** (ط2). دمشق: دار القلم.

الزرقا، مصطفى أحمد. (1425هـ/2004م). **المدخل الفقهي العام** (ط2). دمشق : دار القلم.

الزركشي ، محمد بن عبد الله المصري الحنبلي.(1413هـ/1993م). **شرح الزركشي على مختصر الخرقي** (ط1).الرياض : دار العبيكان.

الزركلي، خير الدين بن محمود بن محمد. (2002م). **الأعلام**، (ط15). بيروت: دار العلم للملايين.

السالوس، علي أحمد. (1408هـ/1988م). **تصوير حقيقة سندات المقارضة**. جدة: مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ع4، ج 3.

السَّخاوي، عبد الرحمن. (د.ت). **المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة** (د.ط). بيروت: دار الكتاب العربي.

الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس المطلبي القرشي المكي (1358هـ/1940م). **الرسالة** (ط1) القاهرة : مكتبه الحلبي.

الشمري، فيصل صالح. (1435هـ/2014م). **صكوك المضاربة: دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية** (ط1). الرياض: دار الميمان.

الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله. (د.ت). **السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار** (ط1). بيروت : دار ابن حزم.

الصاوي، أحمد بن محمد الخلوتي. (د.ت). **بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير للشيخ الدردير** (د.ط). الرياض: دار المعارف.

الصنعاني، عبد الرزاق (1403هـ). **المصنف** .تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي. (ط2). الهند: المجلس العلمي.

العثماني، محمد تقي (1424هـ/2003م). **بحوث في قضايا فقهية معاصرة** (ط2) دمشق: دار القلم.

العلائي، صلاح الدين أبو سعيد خليل بن كيكلدي. (1403هـ/1983م). **تعريف أهل التقديس بمراتب الموصوفين بالتدليس** (ط1) .تحقيق: عاصم بن عبدالله القريوتي. عمان: مكتبة المنار.

علي حيدر خواجة أمين أفندي. (1411هـ/1991م). **درر الحكام في شرح مجلة الأحكام** (ط1) .تعريب: فهمي الحسيني. بيروت: دار الجيل.

علي محي الدين القره داغي، **بحوث فقهية واقتصادية في قضايا البنوك الإسلامية**، موقع الدكتور علي القره داغي، : <http//cutt.us/aTSMd>، شوهد في 9 مايو 2012.

عليش، محمد بن أحمد بن محمد. (1409هـ/1989م). **منح الجليل شرح مختصر خليل** (د.ط). بيروت : دار الفكر.

عليش، محمد بن أحمد بن محمد. (د.ت). **فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك** (د.ط). بيروت : دار المعرفة.

عمر، أحمد مختار عبد الحميد. (1429هـ/2008م). **معجم اللغة العربية المعاصرة** (ط1). بيروت: عالم الكتب.

العمراني، عبد الله بن محمد. (15-21 المحرم 1435هـ الموافق 18-24 نوفمبر 2013). **التحوط في المعاملات المالية**. الدورة الحادية والعشرون. الرياض: مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم. (1421 هـ/2000م). **البيان في مذهب الإمام الشافعي** (ط1) تحقيق : قاسم محمد النوري. جدة: دار المنهاج.

عودة، عمار. (2010). **إخفاق (إعسار) بعض إصدارات الصكوك: الأسباب والآثار**. ندوة الصكوك الإسلامية: عرض وتقويم. جدة: مجمع الفقه الدولي وجامعة الملك عبد العزيز والبنك الإسلامي للتنمية.

عويضة، عدنان عبد الله محمد. (1431هـ/2010م). **نظرية المخاطرة في الاقتصاد الإسلامي: دراسة تأصيلية تطبيقية** (ط1). فرجينيا: المعهد العالمي للفكر الإسلامي.

العيني، محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد، بدر الدين (1429 هـ/2008م). **نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار** (ط1). قطر : وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية.

الفيومي، أحمد بن محمد بن علي. (د.ت). **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير** (د.ط). . بيروت: المكتبة العلمية.

القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن. (1994م). **الذخيرة** (ط1). بيروت: دار الغرب الإسلامي.

القرى، محمد علي (2010). **ضمان الصكوك الإسلامية**. ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقويم. جدة: مجمع الفقه الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز.

القزويني، أحمد بن فارس بن زكرياء. (1399هـ/1979م). **معجم مقاييس اللغة** (د.ط) .تحقيق: عبد السلام محمد هارون. . القاهرة: دار الفكر.

الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود. (1406هـ/1986م). **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** (ط2). بيروت: دار الكتب العلمية.

المازري، محمد بن علي بن عمر. (2008م). **شرح التلقين** (ط1). لبنان: دار الغرب الإسلامي.

مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي. (1415هـ/1994م). **المدونة** (ط1). بيروت: دار الكتب العلمية.

مالك بن أنس. (د.ت). **موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني** (ط2) .تحقيق: عبد الوهاب عبد اللطيف. بيروت: المكتبة العلمية.

مجموعة من الباحثين. (1423هـ/2003م). **فتاوى الهيئة الشرعية للبركة** (ط2)، جمع وتنسيق: عبد الستار أبو غدة وعز الدين محمد خوجة. د.م:

مجموعة دلة البركة.

مجموعة من الباحثين. (1427هـ). **الموسوعة الفقهية الكويتية** (د.ط). الكويت. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية.

مجموعة من الباحثين. (2007م). **المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية**. البحرين: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

المحلي، جلال الدين محمد بن أحمد. (1415هـ/1995م). **كنز الراغبين شرح منهاج الطالبين مع حاشيتي قليوبي وعميرة** (د.ط). بيروت: دار الفكر.

محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابى الحنفي بدر الدين العينى. (2001م). **البناية شرح الهداية** (ط1). بيروت : دار الكتب العلمية.

المرداوي، علي بن سليمان. (د.ت). **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف** (ط2). بيروت: دار إحياء التراث العربي.

المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل. (د.ت). **الهداية في شرح بداية المبتدي** (د.ط) . تحقيق : طلال يوسف. بيروت: دار إحياء التراث العربي.

المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل. (د.ت). **بداية المبتدي** (د.ط). القاهرة: مكتبة ومطبعة محمد علي صبح.

المروزي. (1425هـ – 2002م). إسحاق بن منصور بن بهرام المعروف بالكوسج. **مسائل الإمام أحمد وإسحاق** (ط1). المدينة المنورة: عمادة البحث العلمي.

المكناسي، محمد بن أحمد بن محمد العثماني. (1429 هـ/ 2008م). **شفاء الغليل في حل مقفل خليل** (ط1). القاهرة: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث.

الموصلي، عبد الله بن محمود بن مودود. (1356هـ/1937م). **الاختيار لتعليل المختار** (د.ط). القاهرة: مطبعة الحلبي.

موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة. (1388هـ/ 1968م). **المغني**. ط1. القاهرة: مكتبة القاهرة.

ميرة، حامد حسن. (2011م). **ملكية حملة الصكوك وضماناتها**.ط1. بحوث ندوة البركة الثانية والثلاثون. جدة: مجموعة البركة المصرفية، إدارة البحوث والتطوير.

النووي، محيي الدين يحيى بن شرف. (د.ت). **المجموع شرح المهذب** (د.ط). بيروت: دار الفكر.

النيسابوري، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري. (د.ت). **المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (صحيح مسلم)** (د.ط). تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. بيروت: دار إحياء التراث.

الهروي، محمد بن أحمد بن الأزهري. (د.ت). **الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي** (د.ط). القاهرة: دار الطلائع.

الونشريسي، أحمد بن يحيى. (1980/1400). **إيضاح المسالك إلى مذهب الإمام مالك**. تحقيق: أحمد أبو طاهر الخطابي (ط1). المغرب، الإمارات: اللجنة المشتركة لنشر التراث الإسلامي.

اليحصبي، عياض بن موسى بن عياض. (د.ت). **مشارق الأنوار على صحاح الآثار** (د.ط). تونس: المكتبة العتيقة ودار التراث.

اليحصبي، عياض بن موسى. (1965هـ/1983م). **ترتيب المدارك وتقريب المسالك** (ط1) .تحقيق: جماعة من الباحثين. المغرب: مطبعة فضالة.